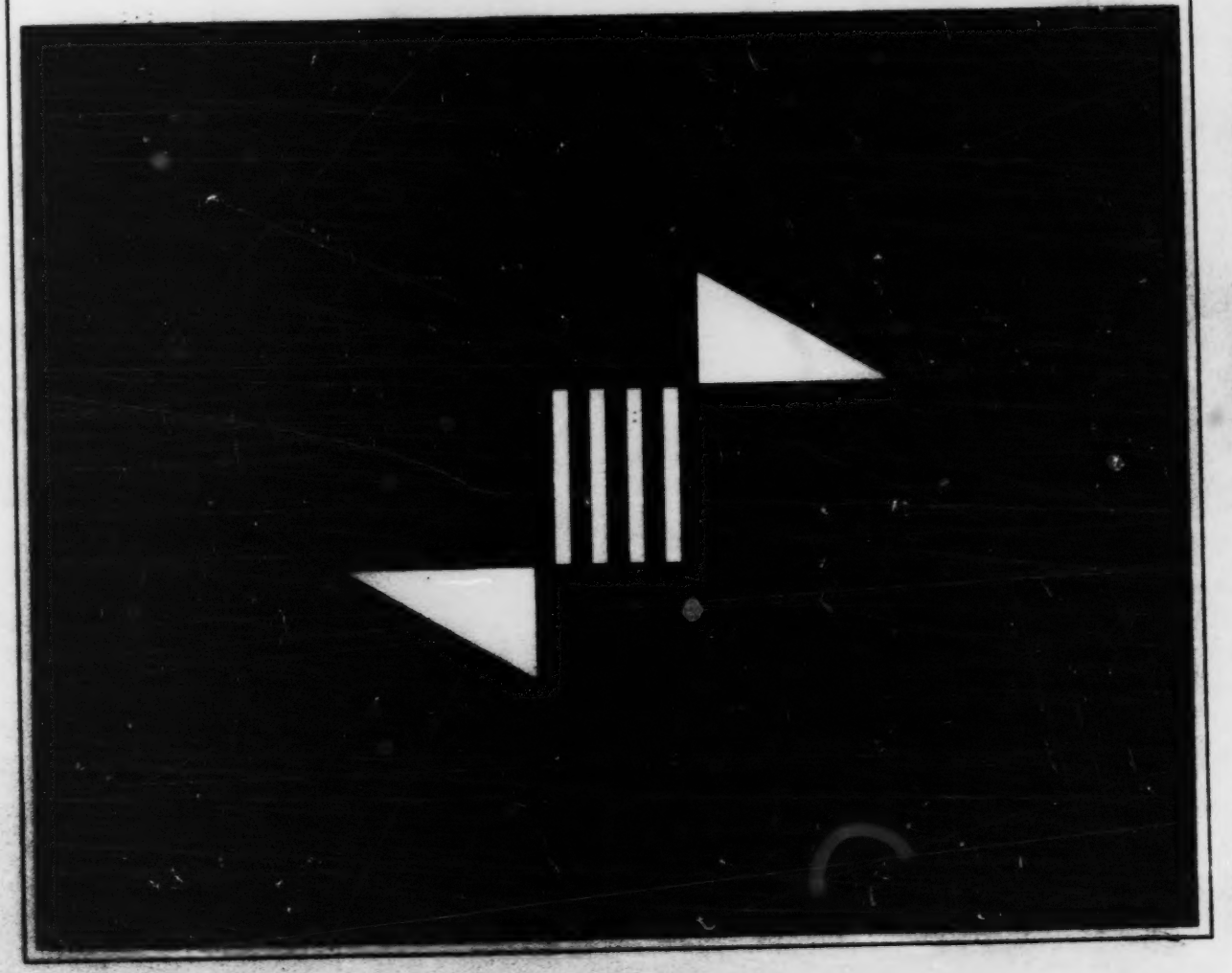
Gouvernement du Canada
Commission nationale des libérations conditionnelles

Government of Canada
National Parole Board

Le rapport de la Commission nationale des libérations conditionnelles

sur la Conférence sur les pouvoirs discrétionnaires dans le système correctionnel

Nov. 17-18-19, 1981



Canada

Publié mars 1983

Cette publication est aussi disponible en anglais:

The National Parole Board Report on the Conference on Discretion in the Correctional System Nov. 17-18-19, 1981

Catalogue: NS 92-17/1983F
ISBN: 0-662-52092-9

Droits d'auteur réservés - Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1983

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec:

Division des communications
La Commission nationale des libérations conditionnelles
340, avenue Laurier ouest
Ottawa, Ontario
K1A 0R1

(613) 995-1308

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....

Mot du président.....

Introduction.....page 1

PREMIERE PARTIE: RÉSUMÉ DES DELIBERATIONS

L'Exercice des pouvoirs discrétionnaires.....page 6

La controverse relative aux pouvoirs discrétionnaires.....page 13

Problèmes spécifiques des pouvoirs discrétionnaires.....page 18

Mesures appliquées pour circonscrire ou améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires .....page 29

L'effet des mesures destinées à circonscrire ou améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel.....page 47

Que faut-il faire?.....page 65

Conclusions.....page 72

DEUXIEME PARTIE: TEXTES CHOISIS

Les pouvoirs discrétionnaires: il y a
discrétion et discrétion.....Hans Mohr

Pourquoi la question des pouvoirs
discrétionnaires est-elle débattue.....Stewart Asquith

Le pouvoir discrétionnaire est juste et
humain s'il est de nature publique.....André Normandeau

Métacontroverse: idées divergentes sur
la controverse entourant la déléqation de pouvoir.....Michael Prince

La controverse sur la déléqation de pouvoir.....Alan Leadbeater

Les droits des détenus: la jurisprudence
et ses conséquences sur les prisons
et les pénitenciers.....Michael Jackson

L'effet prévu de la charte canadienne
des droits et libertés sur le pouvoir
discrétionnaire en matière correctionnelle.....Walter Tarnopolsky

L'effet prévu de la charte des droits
et libertés sur l'exercice des pouvoirs
discrétionnaires dans le secteur correctionnel.....Howard Epstein

Les sanctions et la primauté du droit.....Bradley Willis

Les droits des détenus: la jurisprudence
et ses conséquences sur les prisons et
les pénitenciers.....Jim Phelps

Les droits des détenus: implications en ce qui concerne les administrateurs des établissements.....Ken Payne

Structure de l'organisation et prise de décision.....John Ekstedt

Structure organisationnelle et prise de décision.....Tom Ference

Les effets de la taille d'un organisme sur les prises de décisions.....Don Yeomans

Les lignes directrices sur la libération conditionnelle: un moyen valable de limiter les pouvoirs discrétionnaires.....Joan Nuffield

Lignes directrices en matière de libération conditionnelle: constituent-elles une méthode valable de contrôle des pouvoirs discrétionnaires?.....Mary Casey

Transparence et système de libération conditionnelle: le point de vue de l'avocat.....David Cole

"Structure de l'organisation et prise de décision".....Dave Kennedy

La dimension humaine dans la prise de décision.....Gerald Gall

L'exception à la règle: les femmes dans le système judiciaire.....Christie Jefferson

Les courants de l'actualité et leur influence sur les pouvoirs discrétionnaires en matière correctionnelle.....Olé Ingstrup

La restriction des pouvoirs discrétionnaires:
nous acheminons-nous vers un système plus
équitable.....Don Gottfredson

Libération conditionnelle et pouvoirs
discrétionnaires en U.R.S.S.....Peter Solomon Jr.

REMERCIEMENTS

La Conférence sur les pouvoirs discrétionnaires et le rapport suivant ont été rendus possibles grâce à la collaboration d'un grand nombre de personnes. La Commission nationale des libérations conditionnelles tient à remercier les ministères de la Justice et du Solliciteur général pour leur participation à la planification et au financement de la Conférence nationale, ainsi que les filiales provinciales de la Société canadienne pour la prévention du crime, qui ont organisé les ateliers régionaux tenus avant la Conférence.

Si nous avons pu faire d'un sujet abstrait le thème d'une conférence nationale, c'est surtout grâce à trois personnes: Mme Marie-Eve Hart, qui avait la responsabilité de l'organisation de la Conférence et de l'élaboration du présent rapport, Mme Thérèse Lajeunesse, qui a contribué à l'organisation de la Conférence et qui a rassemblé la documentation nécessaire à la rédaction du présent rapport, et Mme Sheila Lloyd, qui a aussi participé à l'organisation de la Conférence et qui était chargée de la rédaction finale du Rapport.

Il faut aussi mentionner le travail de M. Michael Bowness, qui a mis ses talents artistiques au service de la Conférence, Mme Suzanne Sarda et son personnel, qui ont dactylographié le présent rapport, Mme Catherine Oliva et son personnel, qui en ont fait la traduction, Mme Betty-Lou Edwards, qui a assuré la coordination des derniers stades de préparation de la présente publication, et Line Audet qui a contribué à la rédaction finale du Rapport.

En dernier lieu, la Commission tient à exprimer sa reconnaissance aux personnes qui ont participé à la Conférence et qui, au cours des discussions, nous ont fait profiter de leurs connaissances et de leur expérience.

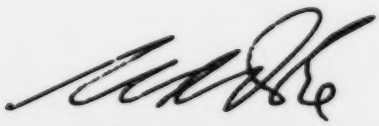
Les opinions contenues dans le présent document sont celles des auteurs et d'autres personnes, le cas échéant, et ne reflètent pas nécessairement la position de la Commission nationale des libérations conditionnelles.

MOT DU PRÉSIDENT

Je crois que, dans le secteur correctionnel, s'impose un équilibre entre le pouvoir discrétionnaire et la flexibilité d'une part et les règles, l'uniformité et l'équité d'autre part. Pour réaliser cet objectif, nous devons tenir compte non seulement des aspects négatifs, mais aussi des aspects positifs du pouvoir discrétionnaire, sinon, il en résulterait comme l'a si bien dit Hans Mohr, sociologue réputé et ami, "un ensemble de règles oppressives qui constitueraient tout autant une menace à la justice qu'un ensemble de pouvoirs discrétionnaires sans entrave".

La Conférence sur les pouvoirs discrétionnaires dans le système correctionnel visait à évaluer, comme le besoin s'en faisait sentir, les aspects positifs et négatifs des pouvoirs discrétionnaires. Nous espérons sincèrement que les discussions ont permis de jeter les bases nécessaires à l'établissement d'un équilibre adéquat entre les pouvoirs discrétionnaires et les mécanismes restreignant leur exercice. Il reste certes encore beaucoup à faire, mais au moins le processus est-il amorcé, et je crois qu'un échange d'opinions est maintenant possible sur l'une des questions les plus complexes et les plus controversées dans le secteur correctionnel.

Les idées que nous avons émises au cours de la Conférence sur l'importance des pouvoirs discrétionnaires dans le secteur correctionnel, sur les problèmes que pose l'exercice de ces pouvoirs et sur les solutions applicables sont rassemblées dans le document suivant. Nous avons l'espoir qu'il sera utile à ceux qui s'intéressent à la question des pouvoirs discrétionnaires dans le secteur correctionnel.



W.R. Outerbridge

INTRODUCTION

Nous avons voulu, dans le présent document, offrir à toutes les personnes intéressées un compte rendu des opinions, des idées, des analyses et des propositions relatives aux pouvoirs discrétionnaires présentées durant la Conférence sur les pouvoirs discrétionnaires au sein du régime correctionnel, tenue à Ottawa, au mois de novembre 1981. On trouvera, dans la première partie, un sommaire des délibérations, regroupées sous plusieurs grandes rubriques, afin d'offrir un aperçu complet des idées et des opinions exprimées sur la nature de la controverse soulevée par les pouvoirs discrétionnaires, sur les mesures actuellement mises en oeuvre pour améliorer et surveiller l'utilisation de ces pouvoirs et sur l'orientation qu'il y aurait lieu de leur donner. La deuxième partie renferme un choix d'exposés et d'allocutions, présentés lors de la conférence, et qui couvrent les principaux thèmes abordés et les principaux arguments développés durant les travaux. Nous espérons que les perspectives à la fois théoriques et pratiques réunies dans ce volume offriront des renseignements utiles sur l'une des questions les plus complexes et les plus controversées que doivent affronter aujourd'hui les services correctionnels.

Les travaux de la Conférence nationale, précédés de réunions des ateliers régionaux, démontrent qu'un grand nombre de personnes, appartenant non seulement au domaine des services correctionnels mais également aux milieux universitaires et juridiques, accordent une valeur positive aux pouvoirs discrétionnaires. Certaines interventions nous rappelent souvent de manière émouvante, que lorsqu'on sait les exercer à bon escient, les pouvoirs discrétionnaires aident à assouplir et à rendre plus humaine l'application de la justice pénale. On nous a fait valoir que, si ces pouvoirs n'existaient pas, l'administration de la justice serait dépourvue de la moindre compassion et serait

vouée à l'inflexibilité et à la brutalité. Cette position contraste singulièrement avec le point de vue qui prédomine notamment aux États-Unis, où l'on considère que les pouvoirs discrétionnaires sont intrinsèquement nocifs et devraient, par conséquent, être limités dans toute la mesure du possible.

Toutefois, ce n'est pas là le seul point de vue exprimé durant la conférence. Un grand nombre d'orateurs insistent plus sur les dangers d'abus possibles et inhérents aux pouvoirs discrétionnaires que sur leur valeur positive. Selon eux, l'exercice des pouvoirs discrétionnaires devrait être encadré de manière très rigoureuse par des règles, des règlements et des directives destinés à garantir un fonctionnement équitable, impartial et uniforme des services correctionnels. Ce sont-là, disent-ils les objectifs que nous devons poursuivre activement.

On nous invite à réfléchir sur la nécessité d'élaborer des normes et des règles claires permettant non seulement un fonctionnement uniforme et équitable, mais aussi une évaluation du fonctionnement du système, en vue de son amélioration.

Ceux qui insistent sur la valeur positive des pouvoirs discrétionnaires craignent que ces efforts pour en restreindre, structurer et reviser l'exercice n'affectent que les mécanismes de procédure sans toucher à la substance même des décisions. On estime que l'application des règles de la procédure judiciaire crée un climat d'affrontement qui tend à aggraver les antipathies entre les infracteurs et les agents des services correctionnels.

D'autres estiment qu'en s'appuyant sur les règles, les règlements et les normes, on risque de voir les normes minimales devenir des règles absolues, conduisant à une uniformité qui fait sans doute l'affaire des hauts responsables mais qui aboutit à un système rigide, privilégiant avant tout le respect formel de la règle écrite. Certains intervenants s'inquiètent de ce que les règles, les règlements et les mécanismes de responsabilité sont souvent conçus en fonction des besoins du système, plutôt que de ceux des infracteurs, ce qui tendrait à entraîner une détérioration des services offerts à ce dernier.

Etant donné la polarité des opinions décrites ci-dessus,on peut se demander s'il existe un terrain d'entente permettant de dégager une approche commune aux problèmes touchant les pouvoirs discrétionnaires dans les services correctionnels. En fait, à plusieurs reprises au cours des délibérations, on a l'impression que les divergences d'opinions sont telles qu'il y a peu ou pas d'espoir de réconciliation et qu'il faut s'attendre à de longues batailles entre, d'une part, les tenants d'une marge de manoeuvre discrétionnaire et, d'autre part, les partisans des règles, des règlements et des voies de droit régulières. Mais une telle conclusion ne tiendrait pas compte du fait qu'une

bonne partie des désaccords porte sur des questions de degré, et non pas de nature. Il ne se trouve en effet presque personne pour dire que les pouvoirs discrétionnaires devraient être exercés sans la moindre entrave, et la grande majorité des personnes qui reconnaissent certains avantages à ces pouvoirs souhaitent qu'ils soient encadrés par des règles, des règlements et des normes destinés à garantir l'équité et l'impartialité des procédures au sein des services correctionnels. Il semble donc que nous n'ayons pas à choisir entre deux démarches diamétralement opposées, mais plutôt à établir un équilibre entre, d'une part, les pouvoirs discrétionnaires et, d'autre part, les règles et les règlements, afin que l'exercice des pouvoirs discrétionnaires se fasse avec un minimum d'abus et un maximum de justice.

Pour certains, il est possible d'atteindre cet équilibre en combinant certains des mécanismes proposés lors des délibérations, dont les uns visent à assurer équité et impartialité, et les autres à améliorer la qualité des décisions adoptées. Même si, à plusieurs reprises durant la conférence, on souligne que ces mécanismes ne s'excluent pas mutuellement, nous devrons nous efforcer, si nous voulons parvenir à les combiner avec succès, d'en apprendre davantage sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans les services correctionnels et sur la façon dont ils peuvent être mis au service des personnes pour qui le régime a été créé. Nous sommes loin d'avoir fait le tour de la question, et peut-être ne cesserons-nous jamais d'apprendre sur ce sujet, mais la teneur des discussions indique qu'il s'agit d'une tâche à la fois impérative et féconde.

Afin de faciliter les comparaisons, les différents points de vue et idées exprimés durant la conférence sur tout un éventail de sujets ont été regroupés sous plusieurs grandes rubriques. Nous espérons que cette présentation permettra au lecteur de prendre connaissance, non seulement des différentes questions abordées, mais également de l'orientation générale des participants sur des questions aussi vastes que la nature de la controverse sur les pouvoirs discrétionnaires, les mesures qui ont été mises en oeuvre ou qui pourraient l'être pour remédier aux problèmes posés par l'application de ces pouvoirs, et l'orientation que nous devrions prendre. En guise de conclusion à la première partie, nous tentons de rattacher les concepts analytiques et les perspectives pratiques présentées au cours de la conférence, et de dégager certaines de leurs éventuelles répercussions.

En dépit de nos efforts pour présenter, dans la première partie, un compte rendu aussi complet que possible des discussions, le manque d'espace et l'absence d'un procès-verbal intégral des travaux de certains ateliers nous ont contraints à des omissions. Il va de soi que ces dernières ne sont pas reliées au contenu des discussions et nous nous excusons auprès des personnes dont les interventions manqueraient à ce compte rendu.

La deuxième partie de notre document est composée d'un choix d'exposés et d'allocutions couvrant les principaux thèmes abordés durant les délibérations. L'orateur principal de la conférence, M. Hans Mohr, établit la distinction entre le cadre fixé par les règles et les pouvoirs discrétionnaires, et il soulève d'importantes questions quant à leur portée respective et à la nécessaire adéquation entre la nature des pouvoirs discrétionnaires dans les services correctionnels et les règles pouvant servir à les encadrer. Les exposés de MM. Stewart Asquith, André Normandeau et Michael Prince sont consacrés aux facteurs qui ont engendré la controverse actuelle sur les pouvoirs discrétionnaires et à leur effet sur les efforts entrepris pour remédier à la situation. Tous ces exposés s'accordent pour souligner que si nous voulons réussir à dépasser cette controverse, nous devons d'abord examiner en détail les valeurs et les concepts fondamentaux qui sous-tendent les pouvoirs discrétionnaires.

Alan Leadbeater, Michael Jackson, Walter Tarnopolsky et Howard Epstein traitent, dans leurs exposés, de l'obligation à l'impartialité et du rôle des tribunaux dans le régime correctionnel. Dans un exposé consacré au même sujet, Brad Willis apporte un éclairage original en soutenant que les tribunaux ne devraient pas se contenter simplement d'intervenir dans les cas d'abus éventuels, mais plutôt suivre de près l'application des peines. Jim Phelps et Ken Payne développent, du point de vue des agents des services correctionnels, l'incidence des droits des détenus et la question de l'obligation à l'impartialité. Jim Phelps souligne l'importance des initiatives parlementaires et ministérielles visant à garantir l'équité dans les services correctionnels, et Ken Payne soutient qu'il faut accorder des pouvoirs discrétionnaires suffisamment étendus pour assurer l'équilibre des droits individuels des détenus face aux droits collectifs et à la sécurité des résidents d'un établissement.

John Eckstedt et Tom Ference développent, tour à tour, le rôle des pouvoirs discrétionnaires au sein d'un organisme et parviennent tous deux à la conclusion que les pouvoirs discrétionnaires seront de toute façon exercés à tous les niveaux, quels que soient les efforts entrepris pour les entraver. C'est pourquoi il faut s'attacher à mettre au point des systèmes de gestion qui permettront, à tous les paliers de l'organisme, que les décisions soient prises de manière à garantir l'imputabilité de la direction.

Don Yeomans consacre son exposé à la nécessité d'établir des normes, des règles et des directives garantissant que les décisions prises seront homogènes, impartiales et justifiables, et il soutient que la taille d'un organisme est le principal facteur qui détermine si les renseignements sur les tâches à accomplir seront communiqués de manière informelle ou, au contraire, par le truchement de règles, de directives et de normes. Durant toute la conférence, les avantages et les inconvénients des directives, des mécanismes

d'imputabilité et des normes font l'objet de discussions prolongées. Les principaux arguments illustrant ces avantages et ces inconvénients sont développés dans les exposés présentés par Mary Casey, Joan Nuffield, David Cole et David Kennedy.

Le fil conducteur de plusieurs ateliers est constitué par la nécessité d'approfondir notre connaissance de l'interaction complexe entre les facteurs subjectifs et objectifs qui interviennent dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Dans son exposé, Gerald Gall décrit les récents développements de la théorie de la décision ainsi que les étapes objectives qui peuvent être décelées lors du processus de prise de décision, et les relations entre les facteurs subjectifs. Christie Jefferson centre son intervention sur le rôle des facteurs subjectifs, tels que les attitudes individuelles à l'égard des femmes ou des autochtones, dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, et son exposé, qui exprime un point de vue partagé par un grand nombre de délégués, insiste sur la nécessité d'empêcher une utilisation clandestine de ces pouvoirs.

Mais le Canada n'est pas - loin de là - le seul pays où l'exercice des pouvoirs discrétionnaires suscite une controverse, et les exposés de Olé Ingstrup pour le Danemark, de Don Gottfredson pour les États-Unis, et de Peter Solomon pour l'U.R.S.S., donnent un aperçu des questions qu'il soulève dans ces pays et des réponses qui y sont apportées. Ils permettent notamment de constater que, malgré la similitude des problèmes soulevés par les pouvoirs discrétionnaires à l'étranger, ces réponses sont d'une grande variété.

Les exposés et les discours contenus dans le présent document témoignent de la diversité des opinions à l'égard des pouvoirs discrétionnaires, et cette diversité tend à démontrer que la controverse actuelle se nourrit de conceptions contradictoires quant à la nature et à la valeur de ces pouvoirs. Si tel est le cas, la controverse actuelle ne sera résolue que si l'on commence par tirer au clair la nature des divergences actuelles. Nous espérons que les pages suivantes y contribueront.

PREMIÈRE PARTIE

CONFÉRENCE SUR LES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES: RÉSUMÉ DES DÉLIBÉRATIONS

L'EXERCICE DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES

L'exercice des pouvoirs discrétionnaires a été traité sous plusieurs angles durant la conférence. Un atelier fut centré sur les récents développements en matière de recherche psychologique sur la prise de décision; un autre atelier a abordé les pouvoirs discrétionnaires selon le gestionnaire; un troisième atelier a été consacré aux résultats d'une étude sur les pouvoirs discrétionnaires tels qu'exercés en liberté surveillée. Nous présentons ici le résumé des exposés et de discussions s'y rapportant.

Lors du séminaire intitulé "La dimension humaine des pouvoirs discrétionnaires", Gerald Gall[1], professeur de droit à l'Université de l'Alberta, observe que les pouvoirs discrétionnaires constituent une caractéristique omniprésente de notre réqime de justice pénale, et il énumère certains des emplois privilégiés de ces pouvoirs. Selon lui, les pouvoirs discrétionnaires présentent l'avantage de doter notre réqime judiciaire d'une certaine souplesse destinée à l'application de la justice. Il examine ensuite la prise de décision sous l'anqle des facteurs scientifiques ou objectifs, ainsi que des facteurs non scientifiques ou subjectifs. S'inspirant des travaux de Mme Elaine Borins et de M. le juge Stephen Borins, il subdivise le processus de prise de décision en six étapes distinctes:

1. La collecte des renseignements;
2. L'interprétation des renseignements;
3. L'énoncé des différentes options;
4. L'examen des différentes options;

---

1 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

5. La décision quant aux priorités;
6. La prise d'une décision.

Les facteurs qui déterminent l'aptitude à prendre des décisions sont les suivants:

1. Le besoin de renseignements;
2. La confiance quant au bien-fondé de ses propres décisions;
3. L'aptitude que l'on s'attribue, manifestée par la disposition à prendre des risques;
4. La tendance à reporter les décisions;
5. Le point de vue du décideur à l'égard de sa propre aptitude en matière de prise de décision;
6. L'opinion de ses pairs à l'égard de cette aptitude.

Le professeur Gall a souligné que, même si l'on peut, par des analyses scientifiques de la prise de décision, isoler et identifier ces facteurs, il en est certains, à caractère subjectif, qu'il est plus difficile de déceler. Les facteurs humains et subjectifs qui interviennent dans la prise de décision trouvent leur origine dans toutes les facettes de la vie du décideur, notamment dans sa situation économique, dans ses convictions politiques et ses croyances religieuses, dans l'image de soi et dans son équilibre psycho-affectif. Mme et M. Borins ont dégagé divers facteurs de nature à influencer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de la part des juges et qui pourraient tout autant influencer les autres décideurs du système de justice pénale. Ces facteurs sont les suivants:

1. Un système de précédents et de respect de la décision, en vertu duquel le décideur se trouve, sinon contraint, du moins considérablement influencé par les décisions rendues dans des cas analogues;

2. Une politique des pouvoirs publics qui doit souvent faire l'objet d'une analyse par le décideur, lequel ne manquera pas d'y apporter sa marque personnelle;

3. Le fait que le décideur aura un certain pouvoir sur la liberté du sujet; ce facteur aura des effets variables selon l'esprit de décision du décideur;

4. Un sentiment d'éloignement, voire d'isolement, conséquence directe de la situation du décideur;

5. L'incidence du processus accusatoire sur le décideur.

Sur ce dernier point, Gall souligne que deux études au moins concluent que la nature même du processus accusatoire vient saper les efforts du décideur pour demeurer neutre et détaché.

Au cours du même atelier, Don Andrews, professeur de psychologie à l'Université Carlton, a résumé son étude sur l'interrelation entre les attitudes des agents responsables des mises en liberté surveillée ainsi que de leurs pratiques au travail, et celles des personnes en liberté surveillée, en utilisant la récidive comme critère de mesure, pendant une période de surveillance s'échelonnant sur trois ans. Son étude, explique-t-il, a démontré, du moins en Ontario, que les meilleurs instruments de surveillance ne sont pas inscrits dans la loi mais découlent d'initiatives discrétionnaires. M. Andrews, expliquant la méthodologie utilisée lors de son étude, en a énuméré certaines des attitudes personnelles analysées:

1. réceptivité à l'égard d'autrui, ou empathie
2. réceptivité à l'égard des procédures
3. attitude à l'égard de l'autorité (loi, police, tribunaux)
4. attitude pro-sociale
5. estime de soi, sentiment de sa propre valeur
6. niveau d'anxiété, degré de tension
7. maturité, adaptation à la vie en société
8. expériences précoces: positives ou négatives.

M. Andrews porte ensuite son attention sur le lien entre ces évaluations et le comportement des agents de libération conditionnelle et de mise en liberté surveillée. Les attitudes observées sont les suivantes:

1. méthodes de communication
2. propension aux déclarations favorables aux délinquants
3. solution de problèmes/intensité de l'aide apportée
4. références à l'autorité
5. renvoi à d'autres services.

La mesure de ces facteurs se fonde sur les rapports du chef hiérarchique, sur les évaluations des périodes de surveillance, tant par les agents de mise en liberté surveillée que par les personnes mises en liberté surveillée et, finalement, sur les enregistrements d'entretiens entre les agents de libération conditionnelle et les infracteurs.

En résumé, les résultats présentés démontrent que les agents qui sont relativements réceptifs aux règles et procédures, qui expriment des attitudes pro-sociales pendant leurs sessions avec les personnes sous surveillance, et

qui adoptent une attitude directive, orientée vers la solution des problèmes, sont ceux qui jouissent d'une estime de soi élevée et qui souffrent peu de tension. Au contraire, les agents très réceptifs à autrui, mais relativement peu réceptifs aux procédures et à l'autorité tout en maintenant une attitude pro-sociale, tendent à se comporter de manière plus ouverte et à adopter, en matière de surveillance, une démarche non directive de type "Rogérien" et à moins insister sur la solution des problèmes.

Une autre des conclusions du professeur Andrews est l'existence d'une corrélation très directe entre l'adoption d'une méthode de surveillance directive et orientée vers la solution des problèmes et la réduction de la récidive au sein du groupe de libérés conditionnels présentant des risques élevés; qu'il existe en outre une corrélation entre le recours à l'autorité et la réduction de la récidive au sein du groupe présentant des risques élevés, et entre une attitude fortement pro-sociale et la réduction de la récidive, tant chez les libérés conditionnels présentant un risque élevé que chez ceux présentant un faible risque. En outre, il sembe qu'il y ait une corrélation directe entre l'adoption d'une démarche de surveillance de type empathique et d'écoute active et l'accroissement de la récidive, et on observe que plus on met l'accent sur l'empathie et l'écoute active, plus le niveau de récidive est élevé.

M. Andrews tire comme conclusion qu'il faut sélectionner, pour les fonctions de surveillant des libérés conditionnels des individus très bien intégrés socialement, réceptifs aux règles et aux procédures, sûrs d'eux-mêmes et capables de faire usage de leur autorité. Son étude indique également que la formation tend à améliorer le rendement professionnel des surveillants, et, aussi, elle suggère que les surveillants devraient repérer les libérés conditionnels présentant un risque élevé dans les groupes qui leur sont confiés, afin de concentrer leur attention sur eux. Toutefois, il ne faudrait pas oublier que cette méthode risque de rendre les fonctions du surveillant plus frustrantes étant donné que, même si on les surveille avec une grande compétence, les libérés conditionnels présentant un risque élevé ont davantage de chances de récidiver que ceux présentant un faible risque. Enfin, M. Andrews suggère de surveiller la qualité des prestations des agents de surveillance et de récompenser ceux qui obtiennent de bons résultats.

Le deuxième atelier intitulé "Structure organisationnelle et prise de décision" est consacré aux mécanismes de fonctionnement des pouvoirs discrétionnaires. Dans son exposé, M. John Eckstedt[2], professeur de criminologie à l'Université Simon Fraser, avance l'idée que la nature d'une organisation,

---

2 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

tout comme celle d'un organisme vivant, est souvent révélée par ses réactions à une forme quelconque d'intervention. Il estime que, dans le cas des services correctionnels, les interventions sous forme de nouveaux programmes et d'adjonction de nouveaux services ont généralement été facilement assimilées. Par contre, les interventions entraînant des changements dans la philosophie, les méthodes ou le style de direction des services correctionnels ont généralement été rejetées. Selon lui, cette résistance, que l'on peut comparer à la réaction des anticorps des organismes vivants, donne à penser que les interventions visant la structure du régime et le processus de prise de décision constituent une menace pour une fonction vitale des organismes correctionnels. Cette fonction vitale serait le niveau élevé de pouvoirs discrétionnaires dont disposent les agents de ces services, conséquence d'une absence de définition claire de la mission commune des services correctionnels. Citons M. Eckstedt: "Etant donné que l'on n'a pas réussi à s'entendre sur une définition claire de la mission des services correctionnels, la nature des prises de décision au sein de ces services dépend en grande partie de l'exercice individuel du pouvoir discrétionnaire... il n'est donc pas surprenant que toute innovation structurelle générale se heurte à des résistances, surtout lorsque ces innovations tendent à affaiblir les pouvoirs discrétionnaires individuels au profit d'objectifs définis et appliqués par l'ensemble de l'organisme." Il déduit de ces observations que toute réforme structurelle d'un organisme correctionnel doit tenir compte de la nature de ce dernier et du rôle important qu'y joue l'exercice de pouvoirs discrétionnaires individuels. Dans de telles circonstances, il sera plus facile de décentraliser efficacement que de centraliser, et toute réforme de structure devra viser à appuyer une utilisation judicieuse et avisée des pouvoirs discrétionnaires de la part des personnes en contact avec le client.

Dans sa communication, Tom Ference[3], professeur à l'Ecole supérieure de commerce de l'Université Columbia, à New York, soutient que le recours aux pouvoirs discrétionnaires est inévitable, à tous les niveaux d'une organisation, quelles que soient les prescriptions du manuel des politiques. Il ne s'agit donc plus de savoir s'il faut, ou non, admettre l'existence de ces pouvoirs, mais plutôt se demander comment bâtir un système de contrôle qualitatif des décisions qui seront prises au sein d'une organisation, avec ou sans l'approbation de la haute direction. Il met en relief le fait que l'autorité - c'est-à-dire le droit de prendre des décisions - et la responsabilité - c'est-à-dire l'obligation de prendre des décisions - en matière de prise de décision peuvent, l'une comme l'autre, être déléguées, mais que l'imputabilité - c'est-à-dire le fait de supporter les conséquences d'une décision - ne peut pas faire l'objet d'une délégation. Par conséquent, selon le professeur

---

3 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

Ference, les responsables d'une organisation doivent rendre compte de décisions prises par d'autres, situation malaisée pour bon nombre d'entre eux. A cela vient s'ajouter le fait que, dans la plupart des cas, un responsable d'organisme à but non-lucratif est spécialiste du domaine où oeuvre l'organisme auquel il appartient, et préfère mettre la main à la pâte plutôt que de déléguer, d'autant plus qu'il devra assumer la responsabilité des décisions prises par d'autres. Mais, poursuit M. Ference, étant donné que les décisions seront de toute façon prises par d'autres, qu'il y ait ou non délégation d'autorité, il s'agit de s'assurer qu'elles seront acceptables.

Un autre argument milite en faveur de la délégation d'autorité et de responsabilité pour certaines prises de décision: il s'agit de la façon dont l'information circule au sein d'un organisme. Selon M. Ference, trois types d'informations influent sur la prise de décision:

1. les informations spécifiques aux problèmes
2. les informations relatives au contexte
3. les informations relatives à la stratégie.

Il semble que le taux de déperdition des données soit bien plus important lorsque des informations appartenant à la première catégorie sont adressées par les agents travaillant sur le terrain aux responsables se trouvant au siège de l'organisation; cette départition est nettement moindre lorsque des informations appartenant à la deuxième ou à la troisième catégorie sont adressées par le siège de l'organisation aux agents travaillant sur le terrain. Il est préférable, si l'on veut obtenir des décisions fondées et opportunes, de transmettre aux agents travaillant sur le terrain des informations relatives au contexte et à la stratégie, plutôt que de leur faire adresser à la haute direction une description des problèmes spécifiques à résoudre. Il en conclut qu'il n'appartient pas à la direction de l'organisme de prendre toutes les décisions concernant les problèmes particuliers, mais de conférer aux différents paliers de l'organisme les compétences leur permettant de trancher eux-mêmes. Selon le professeur Ference, la compétence ou l'aptitude à prendre de bonnes décisions, peu importe à quel niveau de l'organisation, dépend de deux facteurs. Le premier est un énoncé très clair de la mission de l'organisme; sans cet énoncé, les décisions prises seront fondées sur l'appréciation subjective de cette mission et il se peut qu'elle ne coincide pas avec celle de la haute direction. Le deuxième facteur est l'aptitude à traiter l'information. Il estime que l'application de normes et de procédures peut améliorer cette aptitude. En ce qui concerne les normes, il déclare: "Les seules normes qui doivent être appliquées par une organisation sont celles qui expriment clairement les objectifs spécifiques que l'on s'efforce d'atteindre. Les seuls objectifs valables sont ceux qui reflètent la mission de l'organisme, et la seule mission que l'on puisse considérer comme légitime est celle qui tient

LA CONTROVERSE RELATIVE AUX POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES

Plusieurs intervenants mettent en relief les facteurs qui ont engendré la controverse relative aux pouvoirs discrétionnaires ainsi que les questions qu'elle soulève. Bien que présentant des points de vue distincts, ces analyses s'entendent pour considérer la controverse comme le résultat d'importants changements politiques et sociaux et pour déclarer que les préoccupations suscitées par les pouvoirs discrétionnaires ne sont pas limitées au domaine des services correctionnels. Plusieurs des intervenants pensent que le débat actuel trouve son origine, entre autres facteurs, dans l'érosion de la confiance à l'égard des professionnels, dans une méfiance à l'égard des pouvoirs qu'ils exercent, et dans une crise de la légitimité accordée à nos principales institutions sociales et politiques.

Le premier conférencier à aborder ce problème est M. Stewart Asquith[4], chargé de cours à l'École d'administration sociale de l'Université d'Edimbourg, en Écosse. Selon lui, l'inquiétude suscitée par les pouvoirs discrétionnaires n'est pas simplement due à l'absence de règles d'encadrement, mais elle exprime peut-être un scepticisme plus généralisé à l'égard de la base idéologique sur laquelle repose la prise de décision. Pour reprendre, en la paraphrasant, son argumentation, les pouvoirs considérables dont disposent les professionnels dans le domaine du bien-être social, leur permet d'imposer ou de transmettre leur conception particulière de l'ordre social au processus

---

4 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

compte des besoins des personnes que l'on s'efforce de servir, que cela soit dans un but lucratif ou bénévole. Les normes ont pour objet de fixer le seuil minimal de qualité de prestations". On peut également, afin d'améliorer le traitement de l'information, recourir à la formation en cours d'emploi et au perfectionnement des qualifications professionnelles.

Cet exposé suggère que, malgré la difficulté à explorer l'exercice réel des pouvoirs discrétionnaires, on a tout de même un certain succès. Comme on l'a vu, certains modèles théroriques de prise de décision sont en voie de développement; cela pourra éventuellement permettre un meilleur exercice des pouvoirs discrétionnaires.

de prise de décision applicable aux bénéficiaires de leurs services. Toutefois, ces bénéficiaires peuvent ne pas partager leurs valeurs ou leurs convictions et, de ce fait, récuser la légitimité des pouvoirs qu'ils exercent. En conclusion, il émet l'idée que ce qui est en cause, ce n'est pas seulement la responsabilité et les mécanismes de contrôle, mais également la répartition des pouvoirs et la légitimité accordée à des institutions sociales aussi fondamentales que le système de justice pénale.

M. John Hogarth, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, aborde à son tour le problème en déclarant que les universitaires et les décideurs tendent à considérer les pouvoirs discrétionnaires comme un phénomène nocif qu'il y a lieu de limiter, de contrôler et de réglementer. Selon lui, cette attitude découle de modifications socio-culturelles plus larges de notre société, qui évolue d'une base relationnelle statutaire à une base relationnelle contractuelle. On constate d'ailleurs une telle évolution dans tous les aspects de la vie sociale, depuis le mariage et les fonctions parentales jusqu'aux droits des enfants, en passant par les relations de travail. Selon lui, ce changement se produit à un moment où les intéressés ne sont pas en mesure de déterminer ou d'apprécier la qualité des décisions quant au fond, situation qui tend à privilégier, de façon écrasante, la forme par rapport au fond.

Durant la période de questions qui a suivi ces communications, M. Charles Reasons, professeur de criminologie à l'Université Simon Fraser, déclare que le problème des pouvoirs discrétionnaires trouve sa racine dans l'impérialisme des professionnels et des traitements appliqués. Il reconnaît qu'il existe une crise de légitimité de nos institutions sociales et que les "clients" de ces institutions en sont venus à affirmer que les choses ne marchent pas.

Au cours de l'atelier intitulé "La controverse relative à la délégation de pouvoirs", M. Michael Prince[5], professeur d'administration publique à l'Université Carleton, décrit la "méta-controverse" qui entoure le débat au sujet des pouvoirs discrétionnaires, et qui porte sur la question de savoir en quoi consiste réellement le problème. M. Prince pose la question de savoir si le problème est constitué par l'un ou plusieurs des facteurs suivants: les malaises créés par la croissance des pouvoirs discrétionnaires en général; l'affaiblissement du contrôle parlementaire sur les décisions gouvernementales; le caractère hermétique du processus de délégation et l'ignorance de l'opinion publique en la matière; l'inquiétude créée par le risque d'abus des pouvoirs discrétionnaires; et le souci d'équité quant à la forme et au fond des décisions. Selon lui, la nature de la controverse est conceptuelle alors

---

5 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

que des questions d'ordre organisationnel, légal et même les questions de procédures, demeurent secondaires. Notre vrai dilemme serait dû au fait que les pouvoirs discrétionnaires sont à la fois considérés comme un bien et comme un mal. Pour certains, ils représentent une menace pour les droits individuels, alors que pour d'autres, ils sont indispensables à une certaine créativité dans l'application des politiques et de l'administration publique. La controverse au sujet des pouvoirs discrétionnaires doit, selon lui, être replacée dans le contexte plus large du débat sur la nature humaine. En effet, nombreuses sont les personnes qui considèrent la nature humaine avec pessimisme, et pour qui on ne saurait faire confiance aux hommes politiques ni aux bureaucrates, alors que d'autres auraient tendance à davantage faire confiance aux pouvoirs publics.

Lors de l'atelier intitulé "Limiter les pouvoirs discrétionnaires nous mènera-t-il vers une société plus juste?", M. Don Gottfredson[6], doyen de l'École de criminologie de l'université Rutgers, au New Jersey, décrit la controverse relative aux pouvoirs discrétionnaires aux États-Unis. Il déclare que la tendance à une réduction de ces pouvoirs, notamment de ceux dont disposent les autorités judiciaires et les services de libération conditionnelle, n'est qu'un des aspects de deux tendances plus générales: la première concernant la mission fondamentale des sentences judiciaires et des libérations conditionnelles, et la deuxième représentant une évolution vers des décisions judiciaires dotées d'un dispositif précis d'application. A son avis les régimes correctionnels américains s'éloignent aujourd'hui des principes utilitaires de la décision judiciaire pour se rapprocher du principe de sanction méritée. Dans ce dernier cas, la sanction est strictement basée sur des considérations d'ordre moral et ne tient pas compte des critères d'efficacité ou d'utilitarisme. Ces deux tendances trouvent leur origine dans l'idée selon laquelle le système ne réussit pas à réadapter les infracteurs, et selon laquelle le traitement appliqué et l'incertitude quant à la durée de la sentence représentent une injustice. Les sentences basées sur la simple notion de sanction, par opposition à l'idée de réadaptation, appellent un traitement identique pour des cas identiques. Or, selon M. Gottfredson, les pouvoirs discrétionnaires que justifiait le traitement individuel ne sont plus considérés comme nécessaires, et nombreux sont ceux qui voient en eux une menace pour le traitement équitable des affaires. Parallèlement, la tendance vers des décisions judiciaires assorties de dispositifs précis vient réduire la marge discrétionnaire accordée aux agents des services correctionnels. Le

---

6 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

professeur Gottfredson conclut ses remarques par une citation de David Rothman, selon laquelle les réformateurs, en dépit de leur souci louable d'équité et de justice, ont involontairement créé un conflit entre les droits et les besoins.

La nature de la controverse relative aux pouvoirs discrétionnaires est également analysée au cours d'un troisième atelier, intitulé "L'influence de l'opinion publique sur les pouvoirs discrétionnaires". Charles Gordon, professeur agrégé de sociologie de l'Université Carleton, vient renforcer le camp de ceux pour qui l'inquiétude suscitée par les pouvoirs discrétionnaires découle de la méfiance à l'égard de nos principales institutions politiques et sociales. Cette méfiance trouve peut-être son origine dans le fait que nos institutions ne réussissent pas à satisfaire les aspirations divergentes qui marquent notre époque dans les domaines social, économique et politique. Il observe que les services correctionnels connaissent une atmosphère de méfiance à la fois interne et externe, puisque le personnel se méfie des détenus et que ces derniers se méfient du personnel, outre le fait que, dans de nombreux cas, le personnel ne fait pas confiance à la direction, et réciproquement. Dans de telles circonstances, la délégation des pouvoirs de décision, ou l'attribution de pouvoirs discrétionnaires, risque de rencontrer des résistances. Quant à la méfiance extérieure, elle conduit en fin de compte à réclamer des lois ayant pour effet de limiter les pouvoirs discrétionnaires.

M. Olé Ingstrup[7], directeur d'un pénitencier au Danemark et président du Comité permanent des régimes pénitentiaires du Conseil de l'Europe, traite ensuite des facteurs qui ont contribué, en Europe, à faire des pouvoirs discrétionnaires accordés aux services correctionnels un sujet de préoccupation. Il indique que la syndicalisation du personnel des services correctionnels et la création d'associations pour la défense des droits des détenus ont conduit, en Europe, à des revendications visant à l'élargissement des délégations de pouvoirs en matière de décision. Selon lui, la tension suscitée par le débat relatif aux pouvoirs discrétionnaires illustre celle qui existe entre les personnes qui réclament une plus grande part dans le processus de prise de décision, et celles qui répugnent à déléguer les pouvoirs discrétionnaires.

Sigmund de Janos, expert-conseil en matière de communication et de technologie, ajoute une dimension supplémentaire à l'argument selon lequel la controverse relative aux pouvoirs discrétionnaires s'inscrit dans le contexte

---

7 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

plus général d'une "crise de confiance". Il soutient que les nouvelles technologies et les moyens de communications de masse - notamment, la télévision - ont entraîné une érosion de la confiance dans nos valeurs et dans nos institutions sociales et tendent par conséquent à encourager, au sein de l'opinion publique, une attitude de cynisme et de méfiance.

Ainsi se résument les analyses de la controverse entourant les pouvoirs discrétionnaires. Les discussions suivantes couvriront les problèmes spécifiques reliés aux pouvoirs discrétionnaires.

PROBLÈMES SPÉCIFIQUES DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES

Si l'on veut sortir de la controverse soulevée par les pouvoirs discrétionnaires, il faut, comme l'indique Michael Prince, définir avec précision les problèmes qui s'y rattachent et les facteurs qui en sont la cause. Dans le chapitre précédent, nous avons résumé les débats relatifs à la nature de la controverse et à ses facteurs sous-jacents. Dans ce chapitre, nous ferons le point sur les problèmes spécifiques que posent les pouvoirs discrétionnaires, tels que les conférenciers les ont envisagés. Les observations incluses dans ce chapitre portent strictement sur les difficultés inhérentes aux pouvoirs discrétionnaires et n'envisagent pas du tout les mesures qui ont pu ou pourraient être prises pour y faire face. Cette question, c'est-à-dire les mécanismes susceptibles de limiter ou de contrôler l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, sera abordée dans les deux chapitres suivants.

Au cours de la première séance plénière, Stewart Asquith analyse deux problèmes posés par les pouvoirs discrétionnaires et qui résultent tous deux de l'arrivée récente d'un grand nombre de professionnels de disciplines très diverses, et avec des antécédents très variables, dans les organismes gouvernementaux et sociaux. C'est, dit-il, parce que les responsables des services sociaux ne peuvent parvenir à un consensus sur le plan de leurs objectifs que l'on aboutit à des décisions incohérentes. En outre, cette absence de consensus risque d'entraîner non seulement des choix incohérents d'un décideur à l'autre, mais aussi des décisions incohérentes par rapport aux objectifs officiels du système. De plus, des membres de groupes professionnels puissants, qui ne partagent pas ces objectifs officiels, risquent aussi d'en contrecarrer, volontairement ou non l'application.

Au cours de la même séance, John Hogarth souligne que le problème n'est pas que le système correctionnel dispose de pouvoirs discrétionnaires excessifs, mais plutôt que le personnel hiérarchique n'en a pas suffisamment. Il constate ainsi que "le nombre de mauvaises décisions résultant de l'absence de pouvoirs discrétionnaires est plus élevé que celui des mauvaises décisions résultant de leur abus". Selon André Normandeau[8], professeur de criminologie à l'Université de Montréal, l'existence de pouvoirs discrétionnaires illimités pourrait entraîner l'impérialisme de leurs détenteurs mais, à l'opposé, leur abolition complète pourrait entraîner l'impérialisme du pouvoir judiciaire ou quasi-judiciaire. Le problème consiste donc à trouver un moyen terme, difficile à préserver, entre, d'une part, les principes de droit et d'équité et, d'autre part, l'objectif d'individualisation de la peine et les pouvoirs discrétionnaires qui en découlent.

Au cours de l'atelier consacré à "La controverse relative à la délégation de pouvoirs", Alan Leadbeater[9], adjoint au vice-président du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, affirme que l'une des difficultés inhérentes aux décisions administratives est qu'elles ne sont pas toujours acceptées, à cause du phénomène de substitution des objectifs. Il entend par là que les objectifs officiels énoncés par les organisations ne sont souvent pas ceux qui orientent vraiment leur action. On constate en effet un phénomène de substitution des objectifs, qui résulte de la tendance des organisations à vouloir minimiser les tensions et maximiser les satisfactions, tendance qui débouche souvent sur la production d'objectifs distincts. "Par exemple, l'efficience devient souvent l'un des objectifs que l'organisation s'efforce réellement d'atteindre". Il mentionne également que les tentatives destinées à réduire la critique extérieure peuvent également déboucher sur la substitution des objectifs. Le deuxième problème des décisions administratives, selon Leadbeater, est d'ordre qualitatif. En effet, dit-il, on ne peut obtenir de décisions de qualité si l'on se contente de respecter strictement les exigences de la procédure accusatoire. "Certes, vouloir être équitable n'empêche pas nécessairement de prendre des décisions de qualité, mais cet objectif risque d'entrer en conflit avec la notion de qualité si l'on considère que la meilleure manière de l'atteindre consiste à se conformer aux exigences procédurières de la méthode accusatoire."

Au cours de la discussion, un membre du public affirme que l'aspect le plus contestable des pouvoirs discrétionnaires est qu'ils permettent souvent aux administrateurs de ne pas divulguer les raisons de leurs décisions. Selon

---

8 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

9 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

lui, "l'emploi de mots standard ayant survécu au processus de révision judiciaire ne favorise certainement pas l'évolution des normes à l'intérieur de l'organisation". Un autre participant signale que, chaque fois qu'un processus de révision entre en jeu, les décideurs s'efforcent consciemment de structurer leurs décisions de manière à ce qu'elles ne puissent pas être renversées, c'est-à-dire de les exprimer avec des mots qui, pensent-ils ou savent-ils, seront acceptés par l'organisme de révision.

Lors de l'atelier intitulé "Limiter les pouvoirs discrétionnaires nous mènera-t-il vers une société plus juste?", Bill McGrath, alors directeur exécutif de l'Association canadienne de prévention du crime, affirme que l'élaboration des politiques publiques comporte certains éléments discrétionnaires, et que ces politiques peuvent parfois se substituer à la loi. Il en donne pour exemple le fait que la justice choisit les lois qu'elle veut faire appliquer. Il indique ensuite que l'un des problèmes les plus graves que posent les pouvoirs discrétionnaires est qu'ils peuvent ouvrir la voie à la discrimination. En outre, beaucoup d'individus peuvent avoir une réaction de crainte lorsqu'ils se voient confier la responsabilité d'exercer des pouvoirs discrétionnaires, ce qui risque de précipiter ce qu'Eric Fromm appelle la fuite devant la liberté. Dans de telles circonstances, l'individu recherche automatiquement la sécurité garantie par les règlements. Selon Bill McGrath, la plupart des problèmes posés par les pouvoirs discrétionnaires résultent de l'incapacité des employés à faire face de manière compétente à une situation donnée. Au cours de la discussion faisant suite aux communications, l'un des délégués, qui s'identifie comme un ex-détenu, mentionne que, selon lui, le problème n'est pas l'excès mais l'insuffisance des pouvoirs discrétionnaires accordés aux employés de première ligne. En effet, dit-il, "il est évident que certaines catégories du personnel hiérarchique, notamment les agents de classification, les responsables de la libération conditionnelle, et les agents d'unités résidentielles, n'ont pas suffisamment de pouvoirs discrétionnaires. En outre, ils sont dominés par des politiques élaborées par des administrateurs, ce qui réduit considérablement leur marge de manoeuvre."

Au cours de la conférence, on a beaucoup discuté de la nécessité d'assurer que les pouvoirs discrétionnaires soient exercés de manière acceptable pour le grand public, et des problèmes qui en découlent. Certaines des observations faites à ce sujet ont déjà été mentionnées, mais d'autres ne l'ont pas encore été. Ainsi, au cours de l'atelier intitulé "L'influence de l'opinion publique sur les pouvoirs discrétionnaires", Olé Ingstrup affirme qu'il est beaucoup plus important de ne pas faire d'erreur, sur les plans politique et public, lorsque l'on travaille dans le domaine de l'administration publique que lorsque l'on assure la gestion d'une entreprise privée. De ce fait, il faut que les décisions, ainsi que les méthodes employées pour les prendre,

puissent être facilement expliquées et soient jugées impartiales par la personne concernée. Au cours de l'atelier consacré à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires administratifs, on a également examiné quel pouvait être le rôle du public pour déterminer si une décision administrative est acceptable ou non, et les participants sont généralement convenus que la perception du public est souvent un facteur clé dans ce domaine. En conclusion, le problème n'est pas l'existence même des pouvoirs discrétionnaires, mais plutôt la nécessité de mieux faire comprendre au public la nature des décisions qui sont prises et de parvenir à des décisions acceptables pour l'opinion publique.

Au cours de l'atelier intitulé "Les droits des détenus: jurisprudence et conséquences pour les prisons et pénitenciers", Michael Jackson[10], professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, constate que la perte de légitimité du système résulte des pires abus causés par les pouvoirs discrétionnaires qui, s'ils sont loin d'être la généralité, n'en déterminent pas moins l'idée que se fait le public du système carcéral. En d'autres mots, "les pires aspects du système corrompent les efforts de ceux qui veulent l'améliorer".

Un autre problème à prendre en considération est celui des objectifs souvent contradictoires énoncés par le gouvernement lui-même. Au cours de l'atelier sur "Les pouvoirs discrétionnaires des décideurs publics", Tanner Elton, directeur des politiques, en matière de justice pénale, Secrétariat du ministère du Solliciteur général du Canada, constate que les pouvoirs discrétionnaires des décideurs publics sont différents de ceux des autres travailleurs correctionnels, dans la mesure où ils affectent le macro-système, plutôt que des micro-systèmes. Le problème auquel font face ceux qui sont chargés de l'élaboration des politiques générales est que celles-ci doivent souvent refléter les objectifs contradictoires, d'ordre économique, social et politique, du gouvernement.

La conférence a également permis d'aborder le problème de la transparence des décisions et de la divulgation des informations. Lors de l'atelier sur "Les pouvoirs discrétionnaires au niveau des politiques générales", Ted Harrison, directeur régional des services correctionnels de Vancouver, pour le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, signale qu'il est parfois difficile de donner toutes les informations relatives à une politique générale ou à une décision lorsqu'elles font entrer en jeu des questions aussi délicates que l'évaluation professionnelle d'un individu. Lors de l'atelier

---

10 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

spécialement consacré à ce sujet, intitulé "Quel degré de transparence le système peut-il tolérer?", David Cole[11] est invité à donner son point de vue à partir de cas concrets qui se sont présentés à lui, lorsque son métier d'avocat l'a amené à demander des informations aux services correctionnels. Ses remarques concernent uniquement les services fédéraux de libération conditionnelle et constituent une critique sévère des pouvoirs exercés par les agents de libération conditionnelle et par les membres de la Commission en matière de divulgation des informations. Selon lui, le problème vient du fait que le pouvoir monte souvent à la tête de ceux qui détiennent ces informations. Il affirme ainsi que "...pour les agents de libération conditionnelle et, dans une moindre mesure, pour les membres de la Commission, le devoir d'informer représente, dans le meilleur des cas, une nuisance et, dans le pire, une menace à l'égard de ce que le juge en chef Laskin appelle leur pouvoir tyrannique". Il estime que prendre des décisions au sujet de la liberté de l'individu sur la base d'informations non divulguées représente tout simplement un mépris de la dignité humaine. Pour lui, le refus d'informer peut être attribué à deux facteurs, le premier étant la présence dans le système de certaines personnes "...qui tirent un plaisir presque sadique de leur pouvoir à l'égard des libérés conditionnels...". Cependant, ce problème n'affecte qu'un nombre limité d'individus et ne saurait expliquer la majorité des cas de répugnance à divulguer les informations. Le deuxième facteur, et le plus important, concerne le fait que certains surveillants de libérés conditionnels se font une idée très confuse de leur devoir de divulgation, et le perçoivent comme une menace.

L'avocat qui essaie d'obtenir des informations se trouve donc confronté à trois problèmes particuliers. Le premier est que les agents de libération conditionnelle répugnent à divulguer les informations obtenues de la police. Le deuxième est qu'ils refusent très fréquemment de donner des informations obtenues de tierces parties, et le troisième concerne le refus général de donner des informations fournies par les établissements psychiatriques.

La répugnance à divulguer des informations fournies par la police est d'autant plus inexplicable que la police elle-même accepte de le faire. De plus, en Ontario, diverses dispositions législatives ont été adoptées pour garantir que toutes les informations pertinentes sont fournies à la défense. En ce qui concerne les informations obtenues de tierces parties, le problème qui se pose est que si quelqu'un, par exemple un conjoint, fait des allégations qui ne sont pas révélées, la défense se trouve dans l'incapacité de les vérifier, alors qu'elles riquent fort bien d'être l'élément déterminant d'une décision. En ce qui concerne les rapports psychiatriques et psychologiques,

---

11 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

les deux raisons les plus fréquemment avancées pour ne pas les divulguer sont, d'une part, la nécessité de protéger les auteurs des rapports et, d'autre part, le fait que la divulgation des informations risque d'avoir un effet négatif sur la relation patient-thérapeute. Selon David Cole, cet argument laisse le champ libre au paternalisme professionnel et n'est donc pas acceptable, ce que confirme le rapport Krever sur la nature confidentielle des informations médicales. En résumé, selon lui, le refus de divulgation entraîne une manipulation paternaliste des informations, laquelle viole l'obligation à l'impartialité de leurs détenteurs et place le détenu dans une situation de faiblesse lorsqu'il est amené à présenter son cas.

Le conférencier suivant sur ce sujet est Brian Pollick, directeur exécutif de la Société John Howard de l'Alberta. Selon lui, la transparence absolue, ou la divulgation complète des informations, sont impossibles dans les systèmes correctionnels canadiens d'aujourd'hui. En effet, la transparence, dit-il, menace la base même des méthodes de travail de ces systèmes, telle qu'ils la perçoivent. Or, la transparence n'est pas simplement une action ou une série d'actions, mais, et c'est beaucoup plus, une philosophie fondamentale. Il s'agit en d'autres mots d'un système de valeurs fondé sur une attitude positive à l'égard de l'être humain en général, et à l'égard des clients du système en particulier. La transparence exige donc que les pouvoirs discrétionnaires soient exercés conformément à des objectifs très clairs et, d'autre part, que tout élément de crainte en soit disparu. M. Pollick estime, comme plusieurs autres conférenciers et délégués, que le problème fondamental des services correctionnels du Canada, à ce sujet, est qu'ils ne comprennent pas clairement les raisons pour lesquelles existent les pouvoirs discrétionnaires.

Selon lui, ces raisons sont au nombre de trois:

i) humaniser et individualiser les décisions judiciaires, de façon à minimiser les effets néfastes de l'incarcération ou des contacts avec le système pénal;
ii) contrôler le comportement de l'infracteur, de façon à faciliter la gestion du système; et
iii) éliminer les tensions exceptionnelles ou injustifiées du système, par exemple son surpeuplement.

On voit mal comment le système pourrait être transparent à l'égard des décisions discrétionnaires si les trois raisons ci-dessus sont mal comprises, ou si les détenteurs des pouvoirs discrétionnaires n'en sont pas conscients.

De plus, lorsque des décisions sont prises sur la base des deuxième et troisième raisons, il est quasiment impératif d'agir de manière secrète, puisque l'on touche non pas aux besoins de l'individu, mais à la survie de l'ordre instauré par le système.

Selon le conférencier, la deuxième cause d'opacité du système, et de loin la plus déterminante, est le climat de crainte qui y prévaut perpétuellement. De par sa nature même, celui-ci rejette tout point de vue positif au sujet de l'infracteur, ce qui nourrit une certaine paranoïa chez ceux qui y travaillent, qui en exercent la gestion, ou qui en assument l'imputabilité politique. Dans un tel climat, la transparence a fort peu de chances de s'instaurer. Le troisième facteur qui contribue à ce phénomène est que l'objectif fondamental du système correctionnel n'a jamais été précisé. Ainsi, le vieux débat entre la punition et la réadaptation n'a jamais été tranché et l'on se retrouve donc avec un système qui veut être tout pour tous. Le quatrième facteur à prendre en considération est celui de la tradition du secret des services correctionnels. Finalement, selon le conférencier, les deux derniers facteurs sont, d'une part, le fait que les niveaux supérieurs et administratifs soient vulnérables sur le plan politique et, d'autre part, le fait que nous vivions actuellement une époque de transition, qui invalide les rôles traditionnels des gardes et des détenus.

Etant donné tous ces facteurs, Brian Pollick estime que l'on ne saurait être surpris de constater que le sentiment de crainte qui imprègne le système se traduit par un négativisme décourageant toute espèce d'audace. Il en conclut que le problème n'est pas tant l'existence de pouvoirs discrétionnaires en tant que tels, mais plutôt l'atmosphère ou la mentalité qui empêchent leurs détenteurs de les exercer de manière adéquate et bloquent toute volonté de divulgation franche et ouverte des informations, alors que cela devrait toujours accompagner l'exercice de ces pouvoirs.

Selon le conférencier suivant, John Braithwaite, sous-commissaire aux Communications, Service correctionnel du Canada, le manque d'informations aura des conséquences néfastes pour la société. En effet, selon lui, freiner ou empêcher la diffusion des informations produit une société incapable de discerner des différences essentielles et d'exercer véritablement son libre arbitre. L'opinion publique reste donc dans l'ignorance des choix qui pourraient lui être offerts, ce qui aboutit en fin de compte à l'érosion du processus démocratique.

Le même sujet, c'est-à-dire la transparence dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, est à l'ordre du jour de l'atelier intitulé: "Simplement sensationnaliste: la presse comme garant de nos libertés". Les deux journalistes invités, soit Karl Polzer, du Whig Standard de Kingston, Ontario, et

Gerry McNeil, du bureau de la Presse canadienne, à Ottawa, appuient l'argument selon lequel l'atmosphère de crainte et de secret qui imprègne les systèmes correctionnels, ainsi que l'incapacité de ces derniers à définir clairement leurs objectifs fondamentaux, sont rédhibitoires à la transparence. Parlant de son expérience de journaliste chargé de couvrir les affaires pénitentiaires, Karl Polzer constate qu'il a eu affaire à un organisme tri-latéral, c'est-à-dire composé d'un personnel, d'une administration et de détenus. Selon lui, les détenus ont tendance à exagérer, l'administration à être très franche mais aussi à mentir quand il y va de son intérêt, et les employés à rester extrêmement circonspects, en partie, croit-il, parce qu'ils ont souvent été mal traités par les médias. Le problème qui se pose lorsque les informations ne sont pas divulguées est que le journaliste a de plus en plus de difficulté à faire son travail dans un esprit d'objectivité.

Au cours du même atelier, Gerry McNeil fait état de sa profession de journaliste et de son expérience du sous-comité parlementaire sur les prisons et les pénitenciers, qui l'a amené à conclure que ceux qui entrent en contact avec le système de justice pénale ont affaire à un organisme gouvernemental très puissant, contre lequel ils ne disposent pratiquement d'aucune protection légale ou financière. Selon lui, nous devrions tous toujours nous méfier des puissants organismes gouvernementaux, et tous les citoyens ont la responsabilité de se prémunir contre leurs abus de pouvoir. Malheureusement, dit-il, peu de gens disposent des ressources financières ou des connaissances nécessaires pour résister aux excès du système.

Au cours de l'atelier portant sur "La vérification des contrôles: les mécanismes de révision sont-ils efficaces?", Lisa Hobbs, commissaire à la Commission nationale des libérations conditionnelles relève trois problèmes posés par les pouvoirs discrétionnaires dans le contexte du comité de révision interne de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Les plaintes formulées à l'égard des difficultés que rencontrent les détenus du fait des pouvoirs discrétionnaires exercés par la Commission peuvent être résumées comme suit:

i) préparation et ou présentation inadéquate de leur cas;
ii) attitude intimidante des membres de la Commission;
iii) incapacité des membres de la Commission à percevoir l'évolution des détenus, ou refus d'en tenir compte; et
iv) une erreur dans les faits.

Lors de l'atelier consacré à "La notion d'imputabilité dans les services correctionnels", l'avocat Brad Willis[12] présente ainsi les trois problèmes fondamentaux des pouvoirs discrétionnaires des services correctionnels: partialité, inefficience, et manque de responsabilité à l'égard du public. Il affirme que ces problèmes résultent non seulement d'une insuffisance de règles, ou de l'absence d'objectifs clairs, mais aussi du degré de séparation existant au Canada entre, d'une part, la fonction de jugement elle-même et, d'autre part,la fonction d'incarcération ou d'application de la peine. Selon lui, cette disjonction entre les deux fonctions du système pénal fait que les juges connaissent très mal les établissements où ils envoient les infracteurs. En outre, les autorités correctionnelles disposent de pouvoirs absolus à l'égard d'un certain nombre de décisions qui déterminent en fait la nature et la gravité de la peine. Les liens sont donc fort ténus entre la peine prononcée et les conditions ou la durée d'incarcération. De ce fait, l'effet dissuasif de la peine est extrêmement arbitraire. Le tribunal ne pouvant contrôler ni l'effet public de l'annonce d'une sentence, ni la nature de la peine réelle qui en découlera, le public n'a aucune idée de l'effet réel que peut avoir la peine sur l'infracteur. De plus, la pratique consistant à condamner des gens à l'incarcération, plutôt qu'à une peine précise, peut avoir des résultats incongrus. Par exemple, l'incarcération prive les hétérosexuels, mais non les homosexuels, de leurs activités sexuelles normales.

Un autre problème causé par cette disjonction est que les juges n'ont pas suffisamment d'informations lorsqu'ils prononcent leur jugement. Ainsi, explique M. Willis, lorsqu'ils condamnent un infracteur ayant déjà un casier judiciaire, ni l'infracteur ni le juge n'ont normalement accès, dans un tribunal canadien, à un rapport adéquat sur les circonstances des crimes antérieurs, sur la nature et l'effet des peines purgées à ce sujet, ou sur la conduite de l'individu depuis lors. Selon Brad Willis, les juges ne tolèreraient jamais une telle situation si leur rôle se prolongeait au-delà de l'étape du jugement. Il affirme en outre que personne n'a la moindre idée de ce que devraient être les connaissances spécialisées qui devraient s'appliquer particulièrement au processus de punition et que tous les juges devraient avoir acquises. Or, il est peu vraisemblable que nous réussissions à définir cet ensemble de connaissances tant que se perpétueront les pratiques actuelles, c'est-à-dire tant que nous condamnerons des infracteurs à l'incarcération dans des établissements où ils ne seront pas nécessairement envoyés, pendant une période qui sera peut-être raccourcie, et pour y subir des peines que nous ne pouvons ni définir à l'avance, ni vérifier lorsqu'elles sont infligées, ni examiner après coup.

---

12 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

Christie Jefferson[13] Directrice exécutive, société Elizabeth Fry du Canada, soulève quant à elle le problème des pratiques discriminatoires dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, au cours de l'atelier intitulé: "L'exception à la règle: les femmes et la justice". Selon elle, le fait que la majorité des détenus soient des gens qui n'aient aucun pouvoir dans notre société, c'est-à-dire des pauvres et des minoritaires, est la preuve que nous devrions réexaminer le rôle des pouvoirs discrétionnaires dans le processus de sélection des personnes qui seront accusées et poursuivies, des personnes qui seront condamnées à la prison, et des personnes qui bénéficieront de la libération conditionnelle. Diverses études portent également à croire que les femmes font l'objet d'un exercice discriminatoire des pouvoirs discrétionnaires à l'intérieur du système de justice pénale, tantôt de manière favorable, tantôt de manière défavorable. Le fait que les femmes pauvres et les femmes autochtones représentent un pourcentage excessif de la population carcérale semble également indiquer qu'elles font peut-être l'objet de discrimination à l'intérieur du système, ce que sembleraient confirmer les informations dont on dispose quant à la situation qui leur est faite en prison. Selon Christie Jefferson, il peut y avoir plusieurs explications à cet exercice discriminatoire des pouvoirs dicrétionnaires à l'égard de certaines femmes, notamment un manque général de connaissances des responsables du système de justice pénale dans le domaine des services sociaux offerts aux autochtones. On peut peut-être également expliquer ce phénomène par l'absence de femmes et d'autochtones dans le système, au niveau de l'administration, et par une insensibilité générale à l'égard des besoins spécifiques des infracteurs féminins.

Cela résume donc les discussions ayant porté sur la nature et les causes des problèmes posés par les pouvoirs discrétionnaires. On peut conclure en affirmant que les grands problèmes identifiés au cours de la conférence sont les suivants: décisions incohérentes de la part des divers éléments de justice pénale; opacité du processus de décision; substitution de politiques administratives aux dispositions légales; et pratiques discriminatoires dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Certains participants ont également identifié un problème tout à fait différent, à savoir l'insuffisance de pouvoirs discrétionnaires dans certains secteurs-clés du système de justice pénale. L'argument le plus fréquemment avancé pour expliquer les difficultés résultant des pouvoirs discrétionnaires ne concernait pas l'existence même de ces pouvoirs, ni l'absence de règles pour en contrôler l'exercice, mais plutôt l'absence de formulation claire et généralement acceptée de l'objectif ou de la mission du système de justice pénale. Selon de nombreux participants,

---

13 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

cette lacune amène les détenteurs de pouvoirs discrétionnaires à les exercer en fonction de leurs valeurs individuelles, de l'opinion publique et d'objectifs systémiques, plutôt que de principes légitimes et clairement définis.

Le chapitre ci-après résume les débats ayant porté sur l'identification et la description des mécanismes actuellement mis en place pour réduire ou améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires.

MESURES APPLIQUÉES POUR CIRCONSCRIRE OU AMÉLIORER L'EXERCICE DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES DANS LE DOMAINE CORRECTIONNEL

Suite aux plaintes formulées au sujet des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel, non seulement au Canada mais aussi dans la plupart des pays occidentaux, de nombreuses mesures ont été adoptées, certaines relatives aux procédures de décision, et d'autres à la nature même des décisions. Ce chapitre décrit donc les divers mécanismes actuellement utilisés pour circonscrire ou améliorer l'exercice de ces pouvoirs, tels que les ont décrits les participants à la conférence. La première section du chapitre résume les discussions relatives aux mesures adoptées par certains pays étrangers. La deuxième porte sur des mesures telles que l'adoption de normes et de critères d'accréditation, la définition de principes destinés à normaliser les décisions de libération conditionnelle, le respect du principe de l'imputabilité parlementaire, et l'adoption, par les organismes correctionnels, de règlements internes. Finalement, la troisième section de ce chapitre fait le point sur l'évolution récente de la jurisprudence ainsi que sur l'obligation à l'impartialité.

Mesures adoptées par d'autres pays

Au cours de l'atelier portant sur "L'encadrement des pouvoirs discrétionnaires par la règlementation et la transparence des décisions", Stewart Asquith, chargé de cours à l'École d'Administration de l'Université d'Edimbourg, fait état des mesures adoptées par le "Children's Hearing System", en Écosse, et par la commission écossaise des libérations conditionnelles, afin de circonscrire l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Il mentionne notamment la création d'un "Children's Hearing Committee", en 1971, fondée sur les prémisses suivantes:

- les enfants qui commettent des délits sont des enfants ayant des besoins, et qui se trouvent donc dans la même situation que tous les autres enfants ayant des besoins;

- le pouvoir judiciaire n'est pas compétent pour évaluer ces besoins;

- les tribunaux ne sont pas des organismes appropriés pour s'occuper de ces enfants; et

- les décisions relatives aux besoins des jeunes délinquants devraient être prises par un organisme spécialisé, fonctionnant comme un tribunal et dont le seul rôle serait de prendre des décisions au sujet des besoins des enfants ayant commis des délits.

Il souligne que le "Children's Hearing Tribunal" n'est donc pas une cour de justice et les questions de fait doivent être renvoyées devant une telle cour. Le "Hearing Tribunal" n'est pas habilité à prononcer des peines. De plus, enfants et parents n'ont pas le droit de s'y faire représenter par un avocat. Il nous apprend que les décisions du "Tribunal" sont prises en fonction de rapports scolaires, policiers et psychiatriques, afin de savoir si l'enfant devrait être pris en charge, c'est-à-dire, par exemple, placé sous surveillance ou en résidence dans un centre communautaire. La décision finale à cet égard n'est donc pas prise par un travailleur social professionnel ni par un psychologue, mais plutôt par des membres non-spécialistes de la collectivité.

Stewart Asquith décrit ensuite la manière dont les responsables du "Children's Hearing System" exercent leurs pouvoirs discrétionnaires. Ils s'efforcent de garantir la transparence du processus de décision en organisant des discussions libres et informelles en présence du client. Certes, les pouvoirs discrétionnaires dont ils jouissent à cet égard sont exercés avec précaution, mais cela n'évite pas tous les problèmes. Par exemple, dit-il, étant donné le caractère informel de l'audience, les participants ont tendance à ignorer les quelques règles de procédure que l'on a voulu imposer. L'une de ces règles consiste à informer l'enfant de la plainte qui a été déposée contre lui, de façon à ce que l'affaire puisse être renvoyée devant une cour de justice si les faits sont contestés. Par ailleurs, un conflit subsiste toujours quant aux critères justifiant une révision de l'affaire. D'aucuns prétendent que seules des fautes de procédure peuvent justifier un appel, alors que d'autres estiment que le sherif a le droit d'intervenir sur la nature même des décisions, et que la cour de justice a le droit de déterminer si les mesures ordonnées par le "Tribunal" sont appropriées et si les droits de l'enfant ont été respectés. Selon le conférencier, cette situation n'offre en fin de compte que peu de protection à l'enfant et à sa famille.

Au cours de l'atelier consacré à "L'influence de l'opinion publique sur les pouvoirs discrétionnaires", Olé Ingstrup, Président du comité permanent sur les régimes pénitentiaires de l'Europe, fait la description du régime correctionnel danois et conclut qu'il offre aux employés de première ligne beaucoup de latitude en matière de délégation de pouvoirs et d'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Il mentionne également qu'une politique active de diffusion des informations a été adoptée, de façon à favoriser la compréhension générale des politiques du régime. Depuis lors, selon lui, l'administration prête beaucoup moins le flanc à la critique publique. Son analyse le porte également à conclure que l'évolution de la délégation de pouvoirs discrétionnaires dans les régimes correctionnels européens a été influencée par la syndicalisation récente de la fonction publique de bon nombre de ces pays. Les syndicats ont en effet exercé des pressions sur les gouvernements concernés afin d'obtenir pour leurs membres le droit de participer plus activement aux décisions correctionnelles. Il nous informa que l'une des conséquences de ce phénomène a été que des pouvoirs discrétionnaires plus vastes ont été délégués tout le long de la hiérarchie correctionnelle. Pour certains cadres, cela risque de nuire à l'efficience des activités de gestion, alors que, pour d'autres, cela constitue un phénomène positif.

Selon M. Ingstrup, une autre évolution importante des pouvoirs discrétionnaires dans les services correctionnels européens a été l'apparition de comités de défense des droits des détenus, qui se sont mis à réclamer une définition beaucoup plus précise des droits juridiques des détenus, un traitement beaucoup plus rapide de leurs demandes, ainsi qu'un renforcement de leur participation à l'organisation et à la planification de leurs activités quotidiennes. En ce qui concerne le Danemark, un autre phénomène intéressant a été l'organisation d'un plus grand nombre de programmes de formation en cours d'emploi, dans le but d'améliorer la capacité des employés à prendre des décisions. M. Ingstrup affirme en effet que les services correctionnels ont été obligés d'accorder plus de responsabilités aux employés de première ligne, du fait des restrictions économiques des dernières années, ce qui a ensuite obligé les directeurs de prisons à agir pour améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par les employés fonctionnels.

Mesures adoptées pour améliorer ou circonscrire l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans les régimes correctionnels canadiens.

Au cours de l'atelier consacré aux normes et aux procédures d'accréditation dans le domaine correctionnel, Glenn Angus, chef du Projet des normes et de l'accréditation entrepris par l'Association canadienne pour la prévention du crime, mentionne que l'idée de normes n'a rien d'original, puisque celles-ci existent depuis qu'il y a des prisons. Ainsi, commente-t-il, la fonction de "magistrat inspecteur", dans l'Angleterre du dix-huitième siècle, témoigne

manifestement de l'existence de certaines normes, qu'il était chargé de faire respecter. Il y a cent onze ans, la "American Prison Society" avait énoncé certains principes qui furent réitérés soixante ans plus tard. Selon M. Angus, ces principes étaient en fait les précurseurs de nos normes et procédures d'accréditation contemporaines. Il y a plus de trente ans déjà que la "American Corrections Association" publie des manuels normatifs, mais ce n'est que récemment que l'on a commencé à l'appliquer de manière appropriée, grâce à l'adoption d'un processus d'accréditation, à l'égard duquel le Service correctionnel du Canada vient d'ailleurs de s'engager. Selon M. Angus, l'un des avantages des normes est qu'elles permettent de mesurer et de comparer la qualité des services fournis par les organismes correctionnels.

Le conférencier décrit ensuite le processus adopté par l'Association canadienne pour la prévention du crime dans le but de formuler une série de normes pour les régimes correctionnels canadiens. Il nous informe que seize groupes de travail ont été constitués, dont cinq s'intéressent aux normes relatives aux établissements pénitenciaires, quatre à l'organisation et à l'administration des organismes correctionnels gouvernementaux et non gouvernementaux, trois aux centres résidentiels communautaires et aux centres correctionnels communautaires, et deux aux organismes habilités à remettre les détenus en liberté, c'est-à-dire, entre autres, aux commissions des libérations conditionnelles et aux organismes octroyant les absences temporaires. Les normes élaborées par ces groupes de travail feront l'objet d'une révision globale après avoir été analysées par les services et organismes correctionnels qui seront chargés de les appliquer.

Les lois constituent un deuxième ensemble important de mécanismes servant à circonscrire les pouvoirs discrétionnaires. Au cours de l'atelier portant sur "Les pouvoirs discrétionnaires des décideurs", Ted Harrison, Directeur régional, Bureau régional de Vancouver, Service correctionnel de Colombie-Britannique, mentionne que les responsables du système correctionnel sont assujettis à diverses catégories de lois, selon leurs fonctions. Il s'agit, entre autres, de la Loi sur les pénitenciers, de la Loi sur les prisons et les maisons de correction, et de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus, à quoi il faut ajouter des lois provinciales telles que, en Colombie-Britannique, "The Corrections Act". Il existe en outre d'autres lois qui ne sont pas directement reliées au domaine correctionnel mais qui limitent néanmoins l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, comme la "Judicial Review Act".

Certaines provinces ont également eu recours à une autre méthode, c'est-à-dire à la création du poste d'ombudsman. Au cours de l'atelier portant sur "La vérification des contrôles: les mécanismes de révision sont-ils efficaces?", Linda Bonin résume les pouvoirs et fonctions du Bureau de l'ombudsman

de l'Ontario, dont elle fait partie. Elle mentionne qu'il existe neuf ombudsmen au Canada, que celui de l'Ontario est indépendant du gouvernement et qu'il a le pouvoir de faire enquête au sujet des actions, omissions et décisions de tous les organismes et ministères du gouvernement provincial. Elle souligne aussi que l'ombudsman a la responsabilité d'effectuer une enquête impartiale lorsque des décisions de ces organismes sont contestées, mais il n'a pas le pouvoir d'imposer ses recommandations. Il a accès aux dossiers internes des organismes concernés, peut citer des témoins à comparaître et a le droit d'entrer dans les établissements de la province.

Mme Bonin indique qu'en 1980-1981, près de 2 000 plaintes adressées à l'ombudsman de l'Ontario concernaient le régime correctionnel. Certes, l'ombudsman est habilité à agir dans d'autres domaines également, mais c'est dans le domaine correctionnel que le nombre de plaintes est le plus élevé. Cependant, ces plaintes sont de toutes sortes, allant des plus triviales, comme le reproche fait à un établissement d'avoir servi des toasts froids, aux plus graves, telles que des accusations de voies de fait. Selon la conférencière, deux facteurs très importants déterminent le rôle de l'ombudsman dans le domaine correctionnel. Tout d'abord, les établissements correctionnels sont régis par une loi succinte et des règlements rédigés de manière très générale, ce qui confère donc aux directeurs de vastes pouvoirs discrétionnaires.En outre, le système correctionnel s'est doté de mécanismes de révision internes, auxquels les détenus doivent avoir recours avant que l'ombudsman ne prenne leur cas en considération.

Un autre mécanisme de contrôle des pouvoirs discrétionnaires a également été mis en place en juin 1973, avec la création du poste d'enquêteur correctionnel, en vertu de la Partie II de la Loi sur les enquêtes. Après avoir expliqué le rôle du Bureau de l'enquêteur correctionnel, dont il fait partie, Ed McIsaac signale que chacun de ses quatre membres a la responsabilité de dix à douze établissements pénitenciaires, où il doit se rendre toutes les quatre à six semaines. Certaines des visites sont annoncées, mais d'autres se font à l'improviste. Les membres du Bureau examinent les informations à partir desquelles les décisions ont été prises, afin de porter un jugement sur ces dernières. M. McIsaac signale que l'enquêteur correctionnel dispose de pouvoirs semblables à ceux de l'ombudsman, et a donc notamment le droit d'examiner les dossiers, de visiter les établissements et de correspondre personnellement avec les détenus. Il a également le pouvoir de formuler des recommandations, mais n'a pas celui d'en imposer l'application. M. McIsaac signale que l'enquêteur correctionnel ne saurait remplacer le processus de révision interne, auquel les détenus sont d'ailleurs encouragés à avoir recours avant d'en appeler à l'enquêteur. Lorsque ce dernier recommande de modifier telle ou telle politique générale, ses recommandations sont incluses dans le rapport annuel

du Solliciteur général à la Chambre des communes, mais l'enquêteur lui-même n'a aucun pouvoir de décision à l'égard des politiques fondamentales du Ministère.

Au cours du même atelier, Lisa Hobbs, commissaire à la Commission nationale des libérations conditionnelles, décrit un troisième mécanisme de révision, à savoir le Comité de révision interne de la Commission. Elle explique que l'article 22 des règlements sur la libération conditionnelle prévoit les circonstances dans lesquelles la Commission nationale des libérations conditionnelles doit réexaminer les décisions de refuser la libération conditionnelle ou de révoquer la libération conditionnelle et la surveillance obligatoire. Actuellement, le Comité est composé, dans chaque cas, de trois membres qui n'ont pas participé à la décision révisée, et a le droit de réviser une décision lorsque:

i) les raisons avancées pour la justifier ne sont pas satisfaisantes;
ii) de nouvelles informations sont disponibles;
iii) certaines informations pertinentes n'ont pas été prises en considération; ou
iv) la décision est entachée d'une erreur de fait ou de droit.

Le Comité est habilité à confirmer ou modifier une décision, à fixer une nouvelle date de révision, à accorder telle ou telle forme de libération conditionnelle, à annuler la révocation ou à rejeter toute cause qui lui paraît déraisonnable.

En règle générale, nous dit-on, les décisions du Comité de révision interne exigent trois votes et sont prises selon la règle de la majorité. Lorsqu'un détenu demande qu'une décision soit révisée par le Comité, son dossier est examiné par un analyste dont le rapport est soumis au Comité lui-même pour faire l'objet d'un vote. Le détenu est ensuite informé de la décision qui a été prise sur la base de ce vote.

Les participants à la conférence recommandent de nombreuses mesures pour renforcer le principe d'imputabilité à l'égard du public et du Parlement, de façon à éviter tout abus des pouvoirs discrétionnaires, non seulement de la part des organismes correctionnels, mais aussi de la part de tous les organismes gouvernementaux. Certaines des mesures spécialement destinées aux services correctionnels sont décrites au cours de l'atelier intitulé "Comment assurer l'imputabilité des services correctionnels ?". Simma Holt, commissaire à la Commission nationale des libérations conditionnelles, expose ainsi le dispositif mis en place pour garantir l'imputabilité des services correctionnels à l'égard du Parlement. En théorie, dit-elle, ces services sont

obligés de rendre compte au public par l'intermédiaire du Parlement, c'est-à-dire, en particulier, lors de la Période des questions, devant les comités parlementaires et devant le vérificateur général.

Joe Hudson, membre du Bureau du vérificateur général, donne ensuite des précisions sur le rôle particulier de ce dernier. Selon lui, l'obligation qui est faite au gouvernement de rendre compte aux représentants élus du peuple est le prix que la démocratie fait payer à ceux qui veulent exercer le pouvoir en son nom. La vérification est donc en fait un processus superposé au processus d'imputabilité parlementaire. Généralement, la vérification est effectuée par une tierce partie, servant essentiellement les intérêts de ceux qui lui ont délégué cette responsabilité. Au Canada, c'est le vérificateur général qui est cette tierce partie, au niveau fédéral, c'est-à-dire qu'il a la responsabilité d'effectuer la vérification intégrée des organismes fédéraux, et qu'il doit donc analyser et tester les systèmes financiers et les mécanismes de contrôle internes, et juger si les organismes se sont dotés de procédures garantissant le respect des objectifs établis dans leurs programmes de dépenses. Le rôle du vérificateur général est donc d'attirer l'attention sur toute lacune identifiée au niveau des procédures destinées à mesurer l'efficacité des programmes, lorsque de telles procédures auraient pu être appliquées. Ce rôle ne consiste cependant pas à faire rapport sur le degré d'efficacité des programmes du gouvernement. Joe Hudson signale en outre que l'une des hypothèses sous-jacentes au mandat confié au vérificateur général est que ce sont les ministères eux-mêmes qui ont la responsabilité d'arrêter leurs objectifs et d'adopter les procédures qui leur permettront de mesurer le succès des activités entreprises pour les atteindre et d'en faire rapport.

De nombreux participants recommandent également l'adoption de mécanismes autres que parlementaires pour assurer l'imputabilité des organismes à l'égard du public et, notamment, pour contrôler l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. Dans l'ensemble, cette forme d'imputabilité correspond au principe général de transparence des décisions, et John Braithwaite, sous-commissaire aux communications du Service correctionnel du Canada, décrit les mesures adoptées à ce sujet par le Service. Au cours de l'atelier intitulé "Quel degré de transparence le système peut-il tolérer ?", M. Braithwaite rapporte qu'en octobre 1981, le Bureau du Conseil privé a publié un document énonçant les principes fondamentaux d'une politique des communications. Les principes énoncés stipulent que les Canadiens ont le droit d'avoir des informations complètes, exactes et actuelles au sujet de leur gouvernement et de ses programmes, de façon à pouvoir exercer leurs droits de citoyens et à participer, de manière responsable et informée au processus démocratique.

Il y a quatre ou cinq ans, dit John Braithwaite, le sous-comité parlementaire sur les pénitenciers avait reproché au Service correctionnel du Canada de ne pas être assez transparent et de ne pas rendre suffisamment de comptes au public. Il est vrai, reconnaît-il, qu'avant les travaux de ce sous-comité, le Service canadien des pénitenciers était, sinon muet, extrêmement discret. La situation a beaucoup changé depuis, dit-il, et les consultations sont maintenant beaucoup plus régulières, bien qu'il y ait encore des progrès à faire à cet égard. Des organes consultatifs, allant aussi bien du Comité consultatif national aux Comités consultatifs de citoyens, ont été créés dans pratiquement chaque établissement, où ils ont accès non seulement aux politiques générales mais aussi aux procédures opérationnelles. John Braithwaite conclut en affirmant qu'il n'existe à sa connaissance aucun autre service public, canadien ou américain, qui soit aussi transparent et accessible que notre Service correctionnel fédéral.

Don Yeomans[14], Commissaire du Service correctionnel du Canada, vient ensuite identifier plusieurs autres mécanismes utilisés par le Service pour circonscrire l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Il mentionne ainsi les règles, les règlements et les normes destinés à garantir l'uniformité des services, à un niveau élevé, dans tout le pays. Il en donne pour exemple les normes qui viennent d'être élaborées pour le classement des détenus et qui permettent non seulement de classer les détenus de manière uniforme, en fonction de critères clairement définis, mais aussi d'évaluer l'effet que pourraient avoir certaines modifications proposées au système.

Michael Mandel, professeur de droit à l'école de droit Osgoode Hall, s'intéresse quant à lui aux conséquences de diverses méthodes de résolution des conflits sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. Il examine ainsi la médiation, la procédure accusatoire et la procédure inquisitoire. Selon lui, la médiation sous-entend un rapport d'égalité entre les parties, et celles-ci sont obligées d'accepter la solution proposée. Le Bureau de l'enquêteur correctionnel constitue un bon exemple de médiateur, dans le domaine correctionnel. En ce qui concerne la procédure accusatoire, selon M. Mandel, elle permet aux parties de contrôler la présentation de leur point de vue à l'égard du conflit et des preuves afférentes, mais l'arbitre impose sa décision. Cette méthode de résolution des conflits ne peut être utilisée que si une accusation précise a été portée, laquelle constitue alors l'élément central du processus. La troisième méthode est celle de la procédure inquisitoire. Dans ce cas, l'enquêteur jouit de tous les pouvoirs et peut intervenir sans qu'une accusation précise ait été portée. De ce fait, la procédure inquisitoire donne à l'enquêteur des pouvoirs

---

14 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

discrétionnaires absolus. Des exemples de recours à cette méthode, dans le domaine correctionnel, nous sont fournis par les décisions relatives à l'octroi de la libération conditionnelle, à l'octroi d'absences temporaires et à l'octroi ou au retrait de la réduction méritée de peine. Il constate finalement que la méthode de résolution est structurée de manière à juger l'attitude du détenu, y compris son respect de l'autorité.

Selon le professeur Mandel, la méthode de travail de la Commission nationale des libérations conditionnelles est toujours une procédure inquisitoire, même si la Commission révèle maintenant au détenu les informations qu'elle prend en considération. Cette conclusion est fondée, dit-il, sur le fait que les décisions de libération restent toujours déterminées par des critères très nébuleux, qui privilégient des facteurs tels que les perspectives d'emploi et le casier judiciaire et qui restent fondamentalement destinés à juger l'attitude générale du détenu.

Selon Frank Steele, chef de la Section des affaires des détenus, au Service correctionnel du Canada, la méthode la plus juste pour la résolution des conflits dans les établissements est la méthode interne, c'est-à-dire les discussions entre le personnel et les détenus. Un autre mécanisme de résolution, plus officiel celui-là, est celui de la procédure de griefs, qui donne de bons résultats puisque trente cinq pour cent des griefs sont résolus dans l'immédiat, et seulement cinq pour cent sont portés devant les comités mixtes personnel-détenus.

Le troisième conférencier de l'atelier consacré à la résolution des conflits est Chris Lorenc, président indépendant de l'établissement de Stony Mountain. Il explique que le poste de président indépendant dans un établissement fédéral est une création relativement récente; sa fonction consiste à présider des audiences sensiblement différentes des audiences judiciaires, auxquelles ne s'appliquent pas les règles relatives à la preuve. Le rôle du président indépendant est en fait de faire respecter les principes de justice naturelle, de façon à garantir que les procédures protègent aussi bien le personnel que les détenus. Il ajoute que le président indépendant doit donc rester neutre. En outre, comme il traite d'affaires exigeant des décisions rapides, il ne saurait être question, sans nuire à la procédure, d'y faire participer des avocats, que ce soit pour les détenus ou pour les employés. M. Lorenc constate également que la justice naturelle exige que les accusations portées soient extrêmement claires et il faudra peut-être, à l'avenir, s'efforcer de réduire le nombre d'accusations possibles, d'être plus précis dans leur formulation, et peut-être aussi d'élargir la gamme des sentences éventuelles.

Maurice Gauthier, président de la Commission des libérations conditionnelles du Québec, et William Outerbridge, président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, se demandent ensuite si l'indépendance des organismes de libération des détenus peut être une méthode de contrôle des pouvoirs discrétionnaires. Selon M. Gauthier, la Commission a été dotée d'un statut indépendant, semblable à celui d'un tribunal civil, dans le but de garantir l'objectivité de ses décisions en matière de libération conditionnelle. Cette Commission n'est d'ailleurs pas habilitée à octroyer des absences temporaires ou des libérations conditionnelles de jour, ces questions relevant de la compétence des directeurs de prisons car elles sont réputées faire partie intégrante du processus d'incarcération. Les autres mesures qui doivent être prises pour garantir l'impartialité des décisions comprennent notamment:

i) le choix judicieux des membres de la Commission;
ii) le respect des droits des détenus;
iii) l'élaboration de critères très clairs, laissant néanmoins la place à certains pouvoirs discrétionnaires;
iv) l'organisation d'audiences, selon une procédure encourageant la participation de toutes les personnes directement touchées; et
v) l'établissement de bons rapports entre la Commission et le pouvoir judiciaire.

M. Outerbridge, quant à lui, commence son intervention en constatant que tout système jouissant de pouvoirs à l'égard des particuliers doit également être doté de "freins et de contrepoids". Selon lui, la répartition équilibrée des pouvoirs au sein d'une société démocratique doit se faire entre les branches judiciaire, législative et administrative. De même, les pouvoirs doivent être répartis au sein des services correctionnels grâce à un mécanisme de contrepoids, de façon à éviter leur concentration dans un seul secteur et à prévenir les abus éventuels. Garantir l'indépendance de l'organisme d'octroi des libérations conditionnelles permet donc selon lui de disperser les pouvoirs et de créer le système requis de contrepoids. Selon lui, demander à l'organisme responsable de l'incarcération d'être aussi responsable des remises en liberté reviendrait à donner aux mêmes personnes un double rôle et à éliminer le rééquilibrage qui résulte de la séparation des fonctions et, donc, des pouvoirs.

Au cours du même atelier, Gordon Smith, secrétaire exécutif du ministère d'Etat au développement social, affirme lui aussi qu'il doit exister des contrepoids à l'intérieur de tout système. Cependant, puisque c'est au Parlement que les organismes indépendants doivent rendre compte, par l'intermédiaire d'un ministre, celui-ci doit aussi avoir les moyens de veiller à ce que ces organismes prennent des décisions acceptables. Il importe donc, pour ce faire, que les lois et règlements régissant les organismes indépendants soient

le plus précis possible, et que les politiques relatives au processus de décision soient bien explicites. Il mentionne ensuite que le gouvernement examine également l'application du principe d'imputabilité aux résultats atteints par les directeurs d'organismes indépendants, tels que la Commission nationale des libérations conditionnelles.

La question des pouvoirs discrétionnaires des commissions de libération conditionnelle, et celle des mesures mises en oeuvre pour circonscrire et améliorer leur exercice font également l'objet de plusieurs autres ateliers. Ainsi, au cours de l'atelier consacré à "L'évolution de la théorie correctionnelle: conséquences sur l'attribution des pouvoirs discrétionnaires", John Vandoremalen, chef adjoint de la Section des publications du Service correctionnel du Canada, affirme que le Service prépare actuellement des critères destinés à régir les recommendations relatives à la libération conditionnelle. Cette mesure est destinée, dit-il, à contrebalancer le préjugé favorable accordé aux détenus participant aux programmes des établissements. Trop souvent, en effet, les décideurs font reposer leur jugement, tout au moins en partie, sur le degré de participation à ces programmes, ce qui n'est pas nécessairement impartial puisqu'il existe de nombreux détenus qui se comportent très bien sans y participer.

Au cours de l'atelier intitulé "L'encadrement des pouvoirs discrétionnaires au moyen de règles/directives/critères de transparence", Don Gottfredson, doyen de la faculté de droit pénal de l'université Rutgers, décrit comment ont été élaborées et appliquées les directives régissant les décisions de la commission américaine des libérations conditionnelles. Selon lui, ces directives ont été rendues nécessaires par le fait que les responsables des décisions relatives à la libération conditionnelle ne disposaient pas d'informations claires quant aux critères à appliquer. Ce sont donc les décideurs eux-mêmes qui ont réclamé une solution à ce problème, ce qui explique en grande partie le succès qu'ont connu ces directives. Par contre, dans les Etats où les directives ont été imposées, elles ne semblent pas avoir produit de résultats aussi probants. Lorsqu'a été soulevée la question des critères, la commission américaine des libérations conditionnelles a affirmé qu'il n'existait aucune politique générale à ce sujet et que, de toute façon, toute politique adoptée dans ce domaine serait contraire au principe selon lequel les décisions doivent être prises en fonction des circonstances particulières de chaque individu. Malgré cela, le groupe de travail chargé d'entreprendre cette étude prit comme hypothèse qu'une politique implicite devait néanmoins exister, et il procéda à l'analyse des décisions prises à l'égard d'un groupe de jeunes infracteurs condamnés à des peines d'emprisonnement de durée indéterminée. Le groupe put ainsi constater que les deux facteurs les plus importants pour expliquer les décisions relatives à la libération conditionnelle semblaient être, tout d'abord, la gravité de l'infraction et, deuxièmement, le degré de

risque anticipé. Une échelle fut donc élaborée pour classer les détenus en fonction de ces deux facteurs, après quoi une courbe fut tracée pour chacun d'entre eux, de façon à composer une matrice. Le professeur Gottfredson explique que, en appliquant cette matrice, on constate que le point d'intersection des deux courbes relatives à un individu détermine la date à laquelle la libération conditionnelle devrait lui être accordée. Le processus est donc maintenant le suivant: après une entrevue avec le détenu candidat à la libération conditionnelle, les examinateurs déterminent son classement et consultent le tableau. S'ils sont satisfaits de la date suggérée par le point d'intersection des deux courbes, les choses en restent là; par contre, s'ils estiment nécessaire de fixer une date différente, ils doivent en donner les raisons. Don Gottfredson mentionne pour terminer qu'environ 20 % des décisions diffèrent de celles suggérées par les directives. Finalement, du fait de l'évolution des politiques sociales, certains facteurs, notamment l'emploi et les modalités individuelles de résidence, ont été éliminés du calcul de l'indice prospectif de risque, mais cela ne semble pas avoir entaché la qualité prospective de cet indice.

Au cours de l'atelier intitulé "Les directives de libération conditionnelle sont-elles utiles pour circonscrire les pouvoirs discrétionnaires ?", Joan Nuffield[15], analyste des politiques du Secrétariat du ministère du Solliciteur général, donne des précisions sur l'élaboration et l'utilisation des directives au Canada. Selon elle, celles-ci constituent une méthode d'imputabilité obligeant, d'une part, les organismes à mieux expliciter leurs politiques fondamentales et, aussi, obligeant les membres de l'organisme à expliquer pourquoi tel ou tel cas ne correspond pas à la politique énoncée dans les directives. Elle affirme ensuite que les critères de libération conditionnelle énoncés dans la Loi canadienne sur la libération conditionnelle de détenus comportent beaucoup d'éléments inexplicites. C'est ainsi que l'on n'y indique nulle part ce que l'on entend par un risque indû pour la société. Quoi qu'il en soit, estime-t-elle, les directives constituent un outil clair et rationnel pour prendre les décisions de libération conditionnelle, et elles placent le détenu dans une meilleure position pour défendre sa cause, puisqu'elles obligent les décideurs à exposer clairement leur jugement. Les directives peuvent également être adaptées en fonction des différences régionales, de façon à ne pas éliminer certaines variations importantes et justifiables de la politique de libération conditionnelle, ce que certains critiques leur reprochaient. Joan Nuffield constate également qu'un autre reproche souvent formulé à l'égard des directives est qu'elles reposent sur un indice prospectif de risque calculé à partir de l'évaluation statistique du risque de récidive. Certes, dit-elle, la prévision du risque est manifestement une

---

15 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

science inexacte, et de tels indices ne doivent pas nécessairement faire partie des directives; cela dit, il faut bien reconnaître également que la prévision statistique du risque est plus fiable que le jugement clinique ou humain. De plus, dit-elle, avec une telle méthode, le détenu ne court pas le risque de voir sa situation évaluée par quelqu'un qui a sa propre "théorie", non vérifiée et peut-être invérifiable, de la récidive. En d'autres mots, elle estime qu'un indice statistique offre l'avantage d'indiquer précisément quels sont les facteurs qui ont été pris en considération, et quels sont ceux qui ne l'ont pas été. L'analyse clinique du risque, quant à elle, ne peut jamais être disséquée de manière suffisamment précise pour déterminer exactement les facteurs qui lui ont servi de point de départ. En conclusion, elle affirme que "...les directives permettent de moduler les décisions en fonction des circonstances particulières des individus, mais elles obligent aussi le décideur à indiquer pourquoi ces circonstances justifient que l'on fasse exception à la règle".

Facteurs juridiques influant sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel

Trois facteurs juridiques importants dans le contexte des pouvoirs discrétionnaires relatifs au domaine correctionnel font l'objet de vifs débats au cours de la conférence. Il s'agit:

i) de l'attention croissante accordée aux droits des détenus;
ii) de la reconnaissance de l'obligation à l'impartialité dans les actes correctionnels, et de la création de mécanismes de révision judiciaire des décisions administratives; et
iii) de l'adoption de la partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne, souvent appelée Loi sur la protection des renseignements personnels.

Après avoir décrit l'évolution de ces facteurs au cours des dernières années, plusieurs orateurs analysent l'impact qu'ils auront sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. Au cours de l'atelier consacré aux "Droits des détenus: jurisprudence et conséquences pour les prisons et pénitenciers", Michael Jackson, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, présente un aperçu de l'évolution des notions de droits des détenus et de révision judiciaire des décisions administratives. Puisque sa communication est reproduite intégralement dans la partie II de ce rapport, on ne trouvera ici qu'un bref résumé de ses remarques. Selon lui, l'idée d'une charte des droits des détenus n'a rien de très neuf, puisque l'on en retrouve les prémisses dès la création des systèmes pénitentiaires; elle constituait alors essentiellement un effort de réaction contre les abus de pouvoir aussi bien des geôliers que des prisonniers. Il a fallu par contre

attendre l'époque contemporaine pour que les tribunaux acceptent de remettre en cause les décisions administratives des autorités pénitentiaires. Il y a encore quelques années, le seul critère qu'employaient les cours d'appel pour accepter ou refuser d'entendre un recours exercé contre des décisions de juridictions inférieures consistait à déterminer si ces décisions étaient soit de nature judiciaire ou quasi judiciaire, soit de nature purement administrative. On notera que les décisions de nature judiciaire ou quasi-judiciaire peuvent faire l'objet d'une intervention de la cour alors que ce n'est pas le cas pour les décisions de nature purement administrative. Divers jugements ont cependant contribué à infléchir peu à peu cette situation; le plus important,celui rendu dans l'affaire Martineau, établit clairement que l'exercice d'un recours contre une décision pénitentiaire ne dépend pas de la nature judiciaire ou quasi judiciaire de celle-ci, mais du fait que l'exercice de chacun des pouvoirs administratifs confiés à un organisme public contient, en filigrane, l'obligation générale à l'impartialité.

Selon le professeur Jackson, cette notion d'équité n'a rien de statique et peut évoluer selon le contexte considéré. Afin de donner aux participants une idée générale de ce que peuvent entendre les tribunaux par la notion d'impartialité, il examine plusieurs jugements rendus depuis l'affaire Martineau. Le premier est celui de l'affaire Bruce, en Colombie-Britannique, dans lequel la Cour affirma que le devoir d'impartialité s'appliquait aux décisions de transfert des détenus, bien que celles-ci ne soient pas de nature judiciaire. Par contre, ce devoir d'impartialité n'obligeait les autorités pénitentiaires à donner à Bruce ni la raison de son transfert, ni la possibilité de répondre. Un jugement semblable fut rendu en Ontario en 1980, lors de l'affaire Rollie. Dans ce cas, la Cour parvint à la conclusion que les autorités avaient légitimement le droit de décider sommairement de transférer un détenu lorsqu'elles le soupçonnaient de projeter une prise d'otages, et qu'elles n'étaient donc pas tenues de lui fournir les raisons de la décision ni de lui donner la possibilité de répondre, choses qui pourraient être envisagées après le transfert.

En ce qui concerne les mesures disciplinaires, le professeur Jackson constate que le droit de se faire représenter par un avocat dans tous les cas n'est pas consacré par la jurisprudence et que toute décision à ce sujet relève du président indépendant. Par contre, les tribunaux ont laissé entendre que la représentation par un avocat peut être nécessaire, par souci d'impartialité, lorsque l'affaire implique des questions de droit importantes, dépassant l'entendement du simple profane. Le professeur Jackson mentionne ensuite le jugement rendu dans l'affaire Oswald and Cardinal, qui donne des précisions sur les obligations susceptibles de découler du devoir de l'obligation à l'impartialité, dans le contexte des décisions administratives d'isolement des détenus. À cette occasion, la Cour jugea en effet que le directeur de la

prison de Kempt n'avait pas respecté son obligation à l'impartialité lorsqu'il avait refusé de donner les raisons pour lesquelles il rejetait la recommandation du Comité de révision des décisions d'isolement.

Les affaires susmentionnées concernent toutes des questions de procédure, mais le professeur Jackson en mentionne d'autres à l'occasion desquelles les cours d'appel ont indiqué qu'elles seraient disposées à examiner des questions de fond, dans certaines circonstances. La plus importante à cet égard est l'affaire McCann, de 1975, qui permit de remettre en question les conditions dans lesquelles se trouvaient les détenus placés en cellules d'isolement, au pénitencier de Colombie-Britannique. Dans son jugement, le juge Heald, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, affirma que ce type de détention, dans ce pénitencier, représentait un traitement cruel et inusité. Bien qu'il ait également conclu que les tribunaux n'étaient pas habilités à juger de la décision même de placer un détenu en cellule d'isolement, il déclara que les conditions dans lesquelles ces détenus devaient vivre pouvaient, elles, faire l'objet d'un recours. Pour le professeur Jackson, l'affaire Solosky est une autre preuve que les tribunaux sont parfois prêts à aborder les questions de fond soulevées par des décisions administratives. Dans ce cas, la Cour Suprême du Canada décida en effet que l'examen du courrier ne constituait pas une violation du secret des communications entre l'avocat et son client, mais elle confirma en même temps le principe selon lequel un prisonnier conserve tous ses droits civils, à l'exception de ceux qui lui ont été expressément ôtés par voie statutaire ou réglementaire. Or, toujours selon la Cour Suprême, l'un des droits qui subsistent après l'incarcération est le droit fondamental de communiquer avec un avocat, et les autorités pénitentiaires doivent n'imposer à ce droit que le minimum de restrictions, conformément à l'objectif de sécurité.

Deux autres conférenciers, soit le juge René Marin, juge d'une cour de comté à Ottawa, et Inger Hansen, commissaire à la Protection de la vie privée, Commission canadienne des droits de la personne, rappellent ensuite les événements qui ont abouti à l'émergence de l'obligation à l'impartialité et de la notion de révision judiciaire des décisions administratives. Au cours de l'atelier intitulé "L'exercice des pouvoirs discrétionnaires administratifs", le juge Marin confirme que les tribunaux canadiens n'hésitent plus, aujourd'hui, à reviser les décisions administratives depuis que s'est présenté le premier cas de cette nature, concernant le renvoi d'un policier de la Commission de police régionale de Haldimand-Norfolk. Dans sa décision, le juge en chef avait alors affirmé que cette décision de renvoi aurait dû respecter l'obligation à l'impartialité, c'est-à-dire que le policier aurait dû être informé des raisons pour lesquelles ses services n'étaient plus requis et aurait dû avoir la possibilité de répondre, soit oralement, soit par écrit.

Le juge Marin attire ensuite l'attention des participants sur le fait que la révision judiciaire des décisions administratives, et l'obligation à l'impartialité qui s'applique à ces décisions, ne se limitent pas au domaine correctionnel. Il fait ainsi état de l'affaire Cooper and Librams c. le Ministre du revenu national, dans laquelle le juge Dixon affirma qu'il est possible de formuler plusieurs critères pour décider si une décision requise par la loi est de nature judiciaire ou quasi judiciaire mais, et c'est important, il n'a nullement laissé entendre que seules les décisions prises au moyen d'une procédure accusatoire doivent être assujetties à la révision judiciaire. Le juge Marin cite ensuite deux autres jugements à l'appui de son argumentation, à savoir que l'intervention judiciaire ne se limite plus aux décisions judiciaires ou quasi judiciaires; il s'agit de l'affaire Martineau c. le Comité de discipline de Matsqui et de l'affaire Inuit Tapirisat c. le Traité populaire du Canada.

Au cours de la discussion, le juge Hugessen, juge en chef associé de la Cour supérieure du Québec, et Alan Leadbeater, vice-président adjoint du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, mentionnent que les assemblées législatives n'ont jamais indiqué clairement que certaines questions particulières n'étaient pas du ressort des tribunaux. Selon Alan Leadbeater, les efforts entrepris pour définir ce qui ne relève pas de la compétence des tribunaux n'ont jamais été très fructueux, et les tribunaux gardent donc jalousement le pouvoir de déterminer quelles sont les questions qui peuvent être assujetties à la révision judiciaire.

Au cours de l'atelier intitulé "Limiter les pouvoirs discrétionnaires nous mènera-t-il vers un système plus juste?", Inger Hansen, commissaire à la Protection de la vie privée, Commission canadienne des droits de la personne, confirme qu'aujourd'hui les décisions administratives ne sont plus inattaquables, sur le plan des recours judiciaires, et que la distinction entre les décisions administratives et judiciaires n'est plus aussi nette qu'autrefois. Selon elle, c'est en 1972 que, pour la première fois, les tribunaux ont laissé entendre qu'ils pourraient être disposés à entendre des recours contre des décisions administratives; il s'agissait de l'affaire Green c. Fagee, en Ontario. À cette occasion, l'appelant avait contesté le pouvoir absolu du commissaire correctionnel en matière d'incarcération des détenus et en matière de délégation de ses fonctions dans le domaine des transferts. Certes, le juge devant qui l'affaire avait été portée estima n'avoir pas compétence dans ce domaine, mais il affirma également que toute décision relative aux lieux et méthodes d'incarcération, prise sans audience, sur la foi de seules allégations, devrait être soumise à une révision judiciaire.

Madame Hansen cite ensuite deux autres affaires concernant des transferts, celle de Paul Rose, en 1971, et celle de Klein, en 1981. Dans la première, la cour décida que les décisions de transfert ne relevaient pas de ses compétences, alors que, dans la deuxième, elle décida qu'un prisonnier ne jouissait aucunement du droit d'être incarcéré dans une prison plutôt que dans une autre. Étant donné ces jugements, dit Mme Hansen, on doit considérer, tout au moins aussi longtemps que n'auront pas été rendus des jugements différents, que les tribunaux n'accepteront pas d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de transférer les détenus. Cependant, ajoute-t-elle, certains autres moyens de contrôle des pouvoirs discrétionnaires n'ont toujours pas été testés, notamment l'article 5 de la Loi sur les droits de la personne, qui interdit toute discrimination dans la fourniture de biens, services et logement auxquels le grand public a généralement accès.

Si les tribunaux ont joué un rôle important dans la formulation des droits des détenus, ils n'ont pas été les seuls à agir dans ce domaine, et ce ne sont peut-être pas eux qui ont eu le rôle le plus important. C'est ce qu'affirme Jim Phelps[16], directeur général, région des Prairies, Service correctionnel du Canada, au cours de l'atelier consacré aux "Droits des détenus: jurisprudence et conséquences pour les prisons et pénitenciers". Pour lui, c'est en effet le gouvernement, et non pas le pouvoir judiciaire, qui a été l'élément déterminant dans la reconnaissance des droits des détenus. Il mentionne ainsi que c'est grâce à la Loi sur la protection des renseignements personnels, qui fait partie de la Loi sur les droits de la personne, que les détenus ont acquis le droit d'avoir accès aux informations les concernant. En outre, le Canada a signé certains accords internationaux destinés à garantir les droits de la personne, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui est le plus connu et le plus respecté d'entre eux. Or, l'orientation fondamentale du Pacte consiste à garantir à l'infracteur le respect de tous les droits dont il jouit à titre de citoyen, à l'exception de ceux qui lui ont été expressément ôtés par voie statutaire ou comme conséquence nécessaire de l'incarcération. En outre, le Pacte énumère une centaine de droits fondamentaux que devraient conserver les infracteurs, et au sujet desquels des mesures importantes ont déjà été prises, dans le régime canadien de justice pénale, afin d'en assurer le respect.

Au cours de l'atelier intitulé "Vivre avec la Loi sur la protection des renseignements personnels: le dilemme du professionnel", Inger Hansen donne des précisions sur le droit des détenus d'avoir accès aux informations les concernant. Ainsi, en vertu de la partie IV de la Loi canadienne sur les

---

16 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

droits de la personne, les citoyens canadiens et les personnes résidant légalement au Canada ont le droit de connaître les informations que détient le gouvernement fédéral à leur sujet, de savoir quel usage a été fait de ces informations, de demander, mais non pas d'exiger, que des changements ou corrections y soient apportés, et d'être assurés que les renseignements fournis au gouvernement à certaines fins précises ne seront pas utilisés à d'autres fins sans leur consentement. Par ailleurs, la Loi repose sur le principe général de la communication des informations aux personnes qu'elles concernent, sous réserve de certaines exceptions spécifiquement énoncées. Inger Hansen mentionne ensuite que c'est le Ministre qui détient le pouvoir de refuser la communication de certaines informations, pouvoir qu'il peut déléguer au sous-ministre. Son rôle à elle, en qualité de Commissaire à la protection de la vie privée, est donc d'étudier les cas où le droit d'accès à l'information ou de protection à la vie privée aurait été violé. Les moyens mis à la disposition du Commissaire sont semblables à ceux d'un juge de Cour supérieure, puisqu'il a le droit de réquisitionner des documents et d'entrer dans les bureaux des ministères pour s'entretenir avec les fonctionnaires. Le Commissaire peut formuler des conclusions sur la véracité des faits mais n'a pas le pouvoir de casser les décisions; en d'autres mots, son pouvoir se limite à faire des recommandations au ministre responsable des services faisant l'objet d'une plainte.

On constate donc, à la fin de ce chapitre, que des mesures très diverses ont été mises en oeuvre pour circonscrire ou limiter l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. La gamme de ces mesures va des normes et directives à la reconnaissance des droits des détenus et à la révision judiciaire des décisions administratives. Dans certains cas, elles portent sur les procédures de prise de décision, alors que dans d'autres elles concernent la substance même de ces décisions. Cela dit, le degré d'efficacité de ces mesures pour éviter les abus de pouvoir et améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires fait l'objet de débats très animés, au cours de la conférence, comme nous allons pouvoir le constater dans le chapitre ci-après.

L'EFFET DES MESURES DESTINÉES À CIRCONSCRIRE OU AMÉLIORER L'EXERCICE DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES DANS LE DOMAINE CORRECTIONNEL

L'un des principaux sujets de discussion, au cours de la conférence, est l'effet, réél ou potentiel, des diverses mesures mises en oeuvre pour tenter de résoudre les problèmes soulevés par les pouvoirs discrétionnaires. Certes, les avis sont parfois très divergents quant aux mérites relatifs des mécanismes déjà mis en place, mais la majorité des participants s'accordent à dire que le principal danger de ce type de mesures est qu'elles risquent d'imposer au système une rigidité excessive, qui l'empêcherait de répondre adéquatement aux besoins des détenus. Les pages qui suivent résument donc l'essentiel des débats sur ce sujet.

L'impact de l'obligation à l'impartialité à l'égard des détenus et de la notion de droits des détenus

Si tous les participants au débat sont unanimes à dire qu'il faut garantir l'équité et l'impartialité des décisions prises à l'égard des détenus, beaucoup expriment néanmoins de graves réserves au sujet du recours à des garanties de procédure pour vouloir améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Certains des participants tiennent également à nous mettre en garde au sujet des effets potentiellement néfastes des mécanismes relatifs aux garanties légales. Au cours du premier atelier, Stewart Asquith, professeur à l'école d'Administration sociale de l'Université d'Édimbourg, en Écosse, affirme que l'adoption de règles n'est certes pas totalement inutile, mais, si l'on s'imagine que le seul problème est celui de lacunes au niveau des règles, c'est-à-dire si l'on s'attache exclusivement à la question des garanties juridiques, on risque de n'améliorer les droits des individus que sur le plan des procédures, sans aucunement garantir ou protéger leurs droits fondamentaux.

John Hogarth, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, et Alan Leadbeater, adjoint du vice-président de la Commission de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes,expriment tous deux la même opinion. C'est ainsi que John Hogarth commence son intervention en posant la question suivante: "Qui profite du renforcement des règles relatives aux garanties légales?". Selon lui, ce seraient les échelons supérieurs de la bureaucratie et les avocats. En effet, une telle orientation permettrait aux premiers d'anticiper les jugements formulés par le personnel hiérarchique, tout au moins sur le plan des procédures, sinon sur celui des questions de fond, tandis que les deuxièmes y gagneraient une nouvelle catégorie de clients. Les perdants, estime-t-il, seraient donc les employés hiérarchiques et les détenus.

L'argument avancé par le professeur Hogarth est que toute tentative de contrôle des abus du pouvoir exécutif par des méthodes strictement juridiques risque de déboucher sur les quatre situations suivantes:

i) centralisation accrue du pouvoir et évolution vers un système plus hiérarchisé;
ii) distorsion et dissimulation de la nature même de l'entreprise correctionnelle;
iii) renforcement du sentiment d'aliénation des employés hiérarchiques et des détenus à l'égard des autorités; et
iv) décisions moins susceptibles de répondre aux vrais besoins des détenus ou de la société.

Dans un tel contexte, dit-il, les garanties strictement légales n'ont pas pour effet de redresser le déséquilibre des pouvoirs mais plutôt de l'institutionnaliser. En d'autres mots, on peut bien imposer aux gens toutes les garanties légales possibles et imaginables, cela ne les empêchera pas de prendre les mêmes décisions qu'auparavant, la seule différence étant qu'ils se laveront alors les mains des conséquences. De fait, dit John Hogarth, le problème que posent les tentatives de résolution des problèmes de fond par l'imposition de nouvelles procédures est que celles-ci finissent par orienter, étouffer et remplacer les dits problèmes de fond. Les décideurs se trouvent ainsi dépossédés de toute responsabilité morale à l'égard de la qualité de leurs décisions.

Au cours de l'atelier consacré à "La controverse relative à la délégation de pouvoirs", Alan Leadbeater affirme quant à lui que les mécanismes de révision judiciaire des décisions administratives ont jusqu'à présent constitué un

obstacle majeur à l'amélioration, sur le plan de la qualité et de l'acceptation, des décisions prises par les organismes fédéraux. Selon lui, ce phénomène a poussé les cadres supérieurs à s'intéresser essentiellement aux procédures de décision, au lieu de veiller à assurer la qualité du résultat. Un deuxième problème important des mécanismes de révision judiciaire est qu'ils ont entraîné ces cadres supérieurs à concevoir leurs systèmes de décision en fonction des procédures accusatoires en vigueur dans le domaine judiciaire. Or, selon lui, ces procédures sont souvent impropres à produire des décisions de qualité. "La méthode accusatoire, affirme-t-il, équivaut, dans le domaine des décisions publiques, à ce qu'est la logique dans le domaine des décisions individuelles, c'est-à-dire une simple procédure, débouchant autant sur de bonnes que de mauvaises décisions."

Alan Leadbeater constate également que les évaluations critiques de la méthode accusatoire, dans le domaine décisionnel, ont moins pour effet pratique de garantir que justice soit faite que de donner publiquement l'impression qu'elle l'a été. Les mécanismes de décision copiés sur les procédures des tribunaux lui semblent d'ailleurs particulièrement vulnérables à ce type de critique, car ils dressent entre celui qui décide et celui qui fait l'objet de la décision une barrière empêchant le premier de ressentir quelque sympathie que ce soit à l'égard du deuxième, ce qui lui serait cependant essentiel pour bien comprendre la nature du problème. Un autre élément qualitatif des décisions publiques qui risque d'être compromis par le recours à la méthode contradictoire est celui de l'efficience, qui inclut le critère de contemporanéité.

Pour Alan Leadbeater, l'un des effets de l'intervention judiciaire est que l'on en arrive à consacrer des ressources énormes, en temps et en argent, à essayer d'éviter toute possibilité de révision judiciaire, ce qui réduit d'autant les ressources pouvant être consacrées aux efforts de production de décisions décentes et justes. Il constate aussi que ce phénomène amène les décideurs à s'en remettre excessivement aux conseillers juridiques et à élaborer des mécanismes de décision qui sont étroitement circonscrits par les paramètres des procédures judiciaires, ou parajudiciaires. La conséquence en est que les problèmes inhérents aux décisions administratives sont envisagés sous un angle extrêmement limitatif, sans recherche d'option créatrice aux méthodes juridiques.

Les arguments avancés par Alan Leadbeater sont confirmés par un délégué, intervenant au cours de l'atelier portant sur "Les droits des détenus: jurisprudence et conséquences pour les prisons et pénitenciers". Selon ce délégué, le temps consacré aux procédures, par exemple à la rédaction de griefs, réduit d'autant celui que l'on pourrait consacrer à d'autres questions, par exemple à la planification, avec les détenus, des activités de loisir. De ce fait, on

est parfois obligé de prendre des décisions de dernière minute, relativement arbitraires, dans les domaines ainsi négligés. Le délégué mentionne également que les mesures qui sont adoptées reflètent une certaine méfiance, et il constate que ce sont essentiellement les détenus qui avaient au départ une attitude de méfiance à l'égard des autorités qui ont recours aux griefs.

Au cours du même atelier, Michael Jackson, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, affirme que l'intervention judiciaire a certes des effets très positifs, mais aussi parfois des effets négatifs. Sur le plan positif, dit-il, elle a légitimé le principe selon lequel les détenus conservent les droits qui ne leur ont pas été expressément ôtés par voie législative. De même, elle a légitimé l'idée selon laquelle il faut imposer le moins de contraintes possible, et a validé la fonction, inhérente au milieu pénitentiaire, de l'inspection par des agents extérieurs. En ce qui concerne les aspects négatifs, ils résultent de l'aspect accusatoire des procédures de règlement des litiges. Ces procédures poussent en effet les employés et les détenus à camper sur leurs positions respectives, ce qui n'est peut-être pas la meilleure solution à long terme. Malheureusement, l'administration pénitentiaire est tellement récalcitrante que l'on voit mal comment on pourrait sortir de ce dilemme.

Au cours de l'atelier sur "Les droits des détenus", Phil Young, commissaire à la Commission nationale des libérations conditionnelles, remet en question la validité, à long terme, du principe de la défense des droits des détenus. Selon lui, ces droits ont été transformés en garanties de procédure, ce qui signifie que les progrès réalisés dans ce domaine ne sont peut-être qu'illusoires. En outre, les pouvoirs discrétionnaires sont répartis de manière tellement diffuse qu'il est aujourd'hui impossible de déterminer avec précision qui peut être à l'origine des abus éventuels. En conséquence, affirme-t-il, les droits des détenus sont devenus, sur le plan pratique, les droits de la bureaucratie.

Michael Mandel, professeur de droit à l'école de droit Osgoode Hall affirme lui aussi que les garanties de procédure destinées à protéger les droits des détenus sont, en elles-mêmes, peu susceptibles d'améliorer les situations individuelles. Au cours de l'atelier consacré à la résolution des conflits, il affirme que la procédure inquisitoire, qui est actuellement utilisée par les commissions des libérations conditionnelles et qui a pour objet d'essayer de définir l'attitude du détenu, repose sur l'illusion que les détenus peuvent améliorer leur situation sociale et adopter l'idéologie de la classe moyenne. Malheureusement, cette hypothèse ne tient pas compte des facteurs qui entraînent les détenus vers la détérioration de leur situation sociale. En conséquence, malgré l'évolution apparente du processus de libération conditionnelle, celui-ci repose toujours sur une procédure inquisitoire,

où les pouvoirs exercés par la commission représentent en fait des pouvoirs discrétionnaires absolus. En conclusion, dit-il, la situation ne changera pas tant que subsistera la structure de classes de notre société, qui impose à la classe inférieure, d'où proviennent la plupart des détenus, une attitude de subordination.

Les participants à la conférence s'intéressent également beaucoup aux effets que peuvent avoir les droits des détenus et les garanties de procédure sur la sécurité interne des établissements pénitentiaires. Au cours d'un atelier consacré aux droits des détenus, Ken Payne[17], directeur de l'établissement de Joyceville, relate certaines des difficultés qu'il a rencontrées à cet égard. Il estime que la notion de droits des détenus a entraîné la polarisation des employés pénitentiaires et des détenus. Il mentionne que les responsables de la sécurité interne des établissements restent perplexes devant la responsabilité qui leur a été confiée de respecter les droits des détenus tout en assurant la sécurité de leur établissement. Selon lui, le problème vient du fait qu'au cours de leur formation les employés de sécurité ont appris à utiliser leurs compétences et leurs pouvoirs pour assurer la sécurité de l'établissement, sans que l'on ait jamais mentionné, en même temps, la nécessité de respecter les droits des détenus. Il estime donc que cette nouvelle responsabilité attribuée aux employés de la sécurité et aux cadres limite leur marge de manoeuvre et risque en fait d'être préjudiciable à l'objectif de sécurité. En outre, les détenus aussi risquent de sortir perdants du processus, car les gardes n'ont aujourd'hui plus le droit d'intervenir lorsqu'un détenu en harcèle un autre, tant qu'ils n'ont pas concrètement, et pas seulement oralement, la preuve que leur intervention ou une punition est justifiée. Le sentiment de frustration du personnel pénitentiaire s'intensifie également chaque fois que celui-ci se trouve dans l'impossibilité d'exercer ses responsabilités, à tel point que les gardiens en arrivent à se demander s'il ne serait pas plus simple de donner carrément les clés des prisons aux détenus.

M.A. Sial, directeur adjoint du Centre de détention d'Ottawa-Carleton, en Ontario, présente un point de vue semblable. Au cours d'un atelier consacré aux effets des droits des détenus sur les prisons et les pénitenciers, il affirme que le système se détériorera si l'on élimine les pouvoirs discrétionnaires des directeurs et si l'on impose à ceux-ci des directives trop rigides. En d'autres mots, dit-il, il importe de préserver un équilibre entre les droits des détenus, d'une part, et les pouvoirs du directeur de prison, d'autre part. En outre, selon lui, les efforts entrepris pour assurer l'imputabilité du système à l'égard du public, au moyen de mécanismes tels que les Comités consultatifs de citoyens, ont été un échec.

---

17 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

Au cours d'un atelier, les débats s'orientent sur les effets que pourrait avoir la nouvelle Charte des droits et libertés sur les services correctionnels. Walter Tarnopolsky[18], professeur de droit à l'Université d'Ottawa et président de l'Association canadienne des libertés civiles, est le premier à aborder cette question. Selon lui, la Charte en elle-même ne changera absolument rien au processus de décision du secteur correctionnel. Son effet sera déterminé par la Cour Suprême mais, même à ce niveau, il ne s'attend pas à des changements profonds. Il rappelle que l'une des règles fondamentales formulées par la Cour Suprême du Canada, dans les affaires Mitchell, Howarth et Matsqui, est que le processus de libération conditionnelle n'est ni judiciaire ni quasi-judiciaire; en d'autres mots, personne ne peut faire appel d'une décision de libération conditionnelle en ayant recours à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. En effet, les règles de justice fondamentale définies à l'article 2(e) de la Charte ne peuvent s'appliquer à un privilège, ce qu'est la libération conditionnelle selon l'opinion majoritaire exprimée dans les affaires Mitchell et Howarth.

Par contre, l'article 7 de la Charte est susceptible d'influer sur les décisions correctionnelles. On ne pourra cependant le savoir que lorsque l'on aura répondu à la question suivante: le fait qu'une personne ait déjà été privée de sa liberté par l'incarcération signifie-t-il que l'article 7 devient inapplicable ou, au contraire, les principes de la justice fondamentale sont-ils garantis du simple fait que l'article 7 inclut le droit de ne pas être privé de la liberté?

En ce qui concerne l'article 2 de la Charte, qui porte sur les libertés fondamentales de conscience, de religion, d'expression, de réunion pacifique et d'assemblée, le professeur Tarnopolsky s'appuie sur le jugement rendu dans l'affaire Solosky pour dire qu'il est peu vraisemblable que cet article puisse sensiblement affecter d'autres "Solosky" futurs. En effet, à cette occasion, la Cour a décidé que le secret des communications entre l'avocat et son client est un privilège qui ne s'applique pas à l'intérieur des prisons. Le professeur Tarnopolsky doute également que le processus de libération conditionnelle puisse être sensiblement affecté par l'article 10(a) de la Charte, qui garantit à chacun le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'être informé rapidement des motifs de son arrestation ou de sa détention. En effet, dit-il, la majorité de la Cour suprême a décidé, dans les affaires Mitchell et Howarth, qu'il suffisait de dire à un détenu que sa libération conditionnelle avait été révoquée pour que soit satisfait son droit d'être informé. Tant que

---

18 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

les tribunaux ne parviendront pas à une conclusion différente quant à la signification du droit d'être informé, il est peu vraisemblable que les "Howarth" de l'avenir aient beaucoup à gagner avec l'article 10(a).

La deuxième personne à aborder ce sujet est Howard Epstein[19], avocat de Halifax, qui estime que les tribunaux canadiens risquent de se tourner vers la jurisprudence américaine pour fonder leurs décisions, étant donné les similitudes qui existent entre la nouvelle Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration américaine des droits. Si tel était le cas, l'analyse de la jurisprudence américaine pourrait être riche d'enseignements,et c'est pourquoi il donne aux participants un aperçu des principales décisions rendues aux États-Unis. Tout d'abord, dit-il, le fait que la Charte canadienne comporte un article de recours signifie que les tribunaux canadiens seront peut-être amenés à intervenir dans le domaine social comme l'ont fait les tribunaux américains. En outre, ces derniers en sont parfois arrivés à assumer les responsabilités générales de gestion de certains systèmes pénitentiaires des États, ce qui pourrait également se produire au Canada, tout au moins en théorie.

Aux États-Unis, ce sont quatre articles de la Déclaration des droits qui ont eu l'impact le plus profond sur les systèmes correctionnels. Ainsi, le huitième amendement, qui interdit les "peines cruelles et d'un genre inaccoutumé", a été appliqué à une vaste gamme de questions, allant aussi bien de la peine de mort qu'à l'existence de peines disproportionnées. Or, cette question des peines disproportionnées est précisément un exemple d'affaire qui pourrait être soumise aux tribunaux canadiens, en vertu de l'article de la Charte garantissant à chacun le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. On peut en effet envisager qu'un individu condamné pour meurtre au premier degré prétende que la privation de son droit à l'admissibilité à la libération conditionnelle pendant les vingt-cinq premières années de sa sentence constitue une peine cruelle ou inusitée.

Howard Epstein parle ensuite du premier amendement de la Déclaration américaine des droits, qui protège les libertés de parole, de religion et de réunion. Dans l'affaire Pell c. Procunier, la cour a jugé que les détenus conservent ceux des droits garantis par le premier amendement qui ne sont pas contraires à leur statut de prisonnier ou aux objectifs légitimes du système correctionnel. Selon le conférencier, la situation est la même au Canada, où a été définie toute une gamme de droits dont la validité devra être jugée en tenant compte des objectifs légitimes des établissements pénitentiaires, à moins que ces droits n'aient été spécifiquement abolis ou modifiés du fait de facteurs pénologiques. Le conférencier attire ensuite l'attention sur le fait

---

19 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

que les tribunaux canadiens semblent avoir déjà abandonné leur réserve traditionnelle, même si leur intervention dans le domaine correctionnel n'est pas aussi générale que celle des tribunaux américains, et sur le fait que les garanties légales s'appliquent donc à certains types de droits.

En fin de compte, il y a deux questions fondamentales à résoudre dans ce contexte. La première est de définir ce que l'on entend par garanties légales dans le domaine correctionnel, et les tribunaux américains et canadiens essayent déjà d'y répondre. Avec la nouvelle Charte des droits et libertés, les tribunaux du Canada seront encore plus incités à chercher la réponse à cette question. Deuxièmement, il convient de définir les limites, les moins restrictives possibles, des droits constitutionnels. Selon Howard Epstein, les tribunaux exigeront de plus en plus que les responsables des services correctionnels justifient leurs décisions de restreindre ou de limiter les droits constitutionnels des détenus, notamment les plus fondamentaux de ceux-ci. En conclusion, l'expérience américaine montre que si le système ne parvient pas à se doter de règles dans ce domaine, les tribunaux le feront à sa place.

L'impact des normes et de l'accréditation sur les régimes correctionnels

La conférence fait ressortir deux écoles de pensée au sujet des normes. D'aucuns considèrent que les normes sont fort utiles pour améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel et permettent également d'enrichir le système et de renforcer les principes sur lesquels il fonde son action. D'autres, cependant, estiment que les normes ont tendance à devenir le niveau non pas minimum mais maximum de service, c'est-à-dire à plafonner le degré d'amélioration possible des régimes correctionnels.

Au cours de ce débat, Maurice Klein, coordonnateur des services d'accréditation du Service correctionnel du Canada, affirme que normes et pouvoirs discrétionnaires ne sont pas nécessairement incompatibles, et que l'on peut instaurer une procédure d'accréditation garantissant un exercice contrôlé et imputable des pouvoirs discrétionnaires. Selon lui, les normes peuvent inciter les administrateurs à bien réfléchir à l'efficience de leurs activités, à renforcer les principes fondamentaux du système et à évaluer l'efficacité de ce dernier. Elles sont également utiles pour clarifier les buts et objectifs du système, ce qui signifie qu'elles contribuent à l'uniformité des décisions. Puisque les normes sont nécessairement fondées sur les principes d'impartialité et d'uniformité, le processus d'accréditation devient un outil pour évaluer le succès et l'échec face à ces objectifs. Certes, conclut le conférencier, les normes et le processus d'accréditation peuvent avoir un effet

négatif sur les décisions, mais on peut éviter cet écueil si ceux qui sont chargés d'appliquer les normes informent adéquatement ceux qui sont les architectes des effets négatifs qu'elles peuvent avoir.

Au cours de la discussion qui s'ensuit, Tom Gordon, directeur de la "Résidence Seventh Step", à Vancouver, affirme que très peu de foyers de transition indépendants ont les ressources nécessaires pour respecter les normes d'accréditation. André Thiffault, vice-président de la Commission des libérations conditionnelles du Québec, affirme quant à lui que le bon sens et la probité demeurent les principaux garants du succès du système, et que jamais les normes ne sauront remplacer ces qualités. Il craint lui aussi que les normes minimales ne deviennent très vite des normes maximales, et que les employés n'en arrivent à considérer que leur travail est terminé dès que les normes ont été satisfaites. Pour lui, "l'arrivée des normes marque le début de l'ère du soupçon. Imposer des normes débouche automatiquement sur la médiocrité et le manque d'imagination. Ne serait-il donc pas préférable d'établir un système dans lequel les mauvais administrateurs seraient mis à la porte et ne pourraient se réfugier derrière des normes minimales?". Ce point de vue est remarquablement identique à celui de John Hogarth, tel qu'exprimé au début de la conférence. On se souviendra en effet, comme l'indique le premier chapitre du résumé, que l'argument du professeur Hogarth est que les normes minimales imposées à des rapports contractuels tendent à devenir des normes maximales, et à expulser du système des qualités humaines précieuses telles que la créativité, la générosité et l'effort.

Glenn Angus, directeur du projet des normes et de l'accréditation entrepris par l'Association canadienne pour la prévention du crime, répond ensuite aux arguments avancés par André Thiffault. Selon lui, il est absolument essentiel de ne pas oublier que les normes ne sont pas des procédures; il faut donc éviter toute confusion à cet égard et il revient à chaque organisme concerné de définir lui-même les méthodes à employer pour respecter les normes établies. Pour John Braithwaite, sous-commissaire aux Communications du service correctionnel du Canada, les normes sont un outil d'amélioration, et non pas de restriction, de la qualité des services correctionnels. Au cours de l'atelier intitulé "Quel degré de transparence le système peut-il tolérer?", il affirme que "l'aspect le plus prometteur des normes et de l'accréditation est leur potentiel sur le plan de la compréhension publique et de la contribution professionnelle". En outre, "si les professionnels peuvent élaborer, pour toutes les activités correctionnelles, des normes qui soient acceptables pour les responsables des services correctionnels et le grand public, nous aurons alors à notre disposition des critères objectifs pour évaluer les programmes et pour nous évaluer nous même". De cette manière, les responsables

des services correctionnels auront les moyens requis pour remettre et maintenir leurs affaires en ordre, sans être obligé, comme leurs collègues américains, d'avoir constamment recours aux tribunaux.

L'effet éventuel des directives sur les décisions de libération conditionnelle

L'intérêt des directives, dans le domaine de la libération conditionnelle, est qu'ellent clarifient les critères de décision, tout en préservant la latitude nécessaire pour tenir compte de circonstances particulières. En contrepartie, deux critiques sont formulées à leur sujet, au cours de la conférence. On leur reproche, tout d'abord, de codifier tout simplement ce qui se faisait dans le passé, et qui n'était pas nécessairement correct, et, deuxièmement, d'être une source de rigidité pour le système. Au cours de l'atelier portant sur "L'encadrement des pouvoirs discrétionnaires au moyen de règles/directives/critères de transparence", Don Gottfredson, doyen de la Faculté de droit pénal de l'université Rutgers, affirme que les directives permettent au moins de savoir ce qui se fait et, donc, de modifier les méthodes en connaissance de cause.

Joan Nuffield, analyste des politiques du Secrétariat du ministère du Solliciteur général, et Mary Casey[20], commissaire à la Commission nationale des libérations conditionnelles, examinent les avantages et désavantages des directives. Selon Joan Nuffield, les directives sont rendues nécessaires par l'absence d'une politique claire et explicite en matière de libération conditionnelle, par les écarts inexpliqués entre les taux de libération conditionnelle d'une région à l'autre, ainsi que par les variations prononcées du taux national d'octroi de la libération conditionnelle totale, d'une année à l'autre. L'intérêt des directives est donc qu'elles permettent d'expliciter la politique générale de libération conditionnelle, sans éliminer la marge de discrétion requise pour tenir compte de certains cas spéciaux. Pour elle, "rien dans la notion de directives ne permet de conclure que les pouvoirs discrétionnaires sont éliminés. Les directives signifient simplement que l'on oblige l'organisme de décision à énoncer ses politiques, généralement de manière très explicite, mais si celles-ci sont inappropriées dans tel ou tel cas ... le décideur garde le droit d'adapter sa décision en fonction des particularismes du cas considéré, à condition qu'il explique ce que sont ces particularismes."

Par ailleurs, affirme Joan Nuffield, les directives offrent au détenu la possibilité de mieux défendre sa cause, car elles lui indiquent clairement en fonction de quels critères la décision est prise et appliquée. Les directives

---

20 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

n'interdisent pas non plus les variations régionales importantes et qui se justifient, car celles-ci peuvent fort bien y être incorporées dès le départ par l'organisme responsable de leur formulation. L'un des arguments les plus fréquemment avancés par les détracteurs des directives est qu'elles ne sont pas fiables, étant donné que beaucoup d'entre elles reposent sur une évaluation statistique du risque de récidive. Face à cet argument, Joan Nuffield répond que si l'on veut inclure un facteur de risque dans les directives, ce qui n'est pas absolument nécessaire, il faut bien se rendre compte qu'une telle évaluation statistique est plus fiable que le simple jugement clinique ou humain. Finalement, à ceux qui prétendent que les directives représentent une contradiction de la notion de justice individualisée, elle répond qu'elles permettent toujours d'adapter les décisions aux aspects particuliers de chaque cas, mais que, et c'est un avantage, le décideur a alors le devoir d'expliquer pourquoi ce cas représente une exception à la règle générale. En conclusion, l'effet global des directives est de favoriser l'impartialité et l'équité des décisions de libération conditionnelle, sans éliminer les pouvoirs discrétionnaires nécessaires pour tenir compte des cas particuliers.

Pour Mary Casey, la principale objection de la Commission nationale des libérations conditionnelles à des directives de type américain est qu'elles sont fondées sur le principe de la peine méritée ou du "juste fruit". Or, la Commission n'envisage pas son rôle comme celui d'un justicier. Le problème qui se pose, dit Mary Casey, n'est pas de savoir si le détenu a suffisamment purgé sa peine, ce qui est déterminé par la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, mais plutôt si le détenu, une fois libéré, constituera un risque excessif pour la société. Or, en ce qui concerne l'évaluation du risque, le jugement clinique n'est ni meilleur ni pire que les critères objectifs. Pour ce qui est des États-Unis, dit-elle ensuite, il semble que le mandat des organismes de libération conditionnelle soit aussi, en partie, de réduire la disparité des peines. Puisque cet élément ne fait pas partie du mandat des organismes canadiens correspondants, il serait inapproprié que le régime canadien de justice pénale ait recours à des directives destinées à atténuer cette disparité.

Un autre argument avancé par Mary Casey à l'encontre des directives est que "... les modèles actuels de directives font essentiellement reposer la décision de libération sur des facteurs que le détenu ne peut changer, tel que son casier judiciaire et la nature de sa dernière infraction". Or, puisque nous croyons toujours au principe du changement, et même de la réadaptation, les directives fondées sur le casier judiciaire et la dernière infraction risquent d'être une source d'injustice pour deux catégories de détenus, au moins. Dans le premier cas, certains détenus ayant un casier judiciaire chargé se lassent de leurs activités criminelles, mais les directives pourraient empêcher leur remise en liberté, ce qui serait injuste. Dans le

deuxième cas, les directives bloqueraient également la remise en liberté de certains détenus qui ont commis un crime très grave mais qui sont fort peu susceptibles d'en commettre un autre. Finalement, dit Mme Casey, le principe de la remise en liberté graduelle, appliqué par la Commission nationale des libérations conditionnelles, risquerait de ne pas être compatible avec un système de directives.

L'effet des mesures destinées à rendre les services correctionnels plus "transparents"

Comme nous l'avons déjà constaté dans le chapitre précédent, un certain nombre de mesures destinées à accroître la transparence des services ont été examinées au cours de la conférence. Cependant, bien que la majorité des participants s'accorde à dire qu'il faut augmenter la transparence du système, bon nombre d'entre eux contestent les méthodes utilisées jusqu'à présent pour atteindre cet objectif, notamment la partie IV de la Loi sur les droits de la personne. Les débats sont également très animés au sujet des difficultés pratiques que pose l'objectif de transparence dans le domaine correctionnel.

Au cours de l'atelier portant sur "Les pouvoirs discrétionnaires des décideurs publics", Ted Harrison, directeur des Services correctionnels de Colombie-Britannique pour la région de Vancouver, affirme que le principe de transparence peut, certes, contribuer à améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires au niveau du macro-système, mais qu'il pose trois sortes de problèmes pratiques. Tout d'abord, il est difficile de consulter toutes les personnes qui devraient l'être; ensuite, la nécessité d'agir avec diligence et économie entrave le processus de consultation; finalement, il n'est pas toujours facile d'exposer crûment les raisons pour lesquelles on a décidé d'agir de telle ou telle manière.

Au cours de l'atelier intitulé "Quel degré de transparence le système peut-il tolérer?", Brian Pollick, directeur exécutif de la Société John Howard de l'Alberta, affirme que les mesures mises en place pour accroître la transparence n'ont eu quasiment aucun effet positif sur la nature des décisions. Selon lui, "les efforts entrepris pour créer l'illusion de la transparence, au moyen de systèmes très complexes de garanties légales et de listes de buts et objectifs dichotomes et incompatibles, aboutissent à paralyser le système, sans l'améliorer de manière appréciable". Aujourd'hui encore, dit-il, on refuse aussi fréquemment que dans le passé la libération conditionnelle pour la raison très vague que le détenu n'a pas encore bien profité des programmes de l'établissement, et "le système se paralyse lui-même en exigeant de plus en plus d'informations avant que l'on puisse prendre des décisions". Par ailleurs, cela ne garantit même pas un examen plus attentif de ces informations car, "on accepte beaucoup trop souvent, sans analyse critique, des

témoignages préjudiciables de sources inconnues". Brian Pollick conclut donc en disant que "les systèmes très complexes de procédures et de contrôles élaborés pour essayer d'éliminer graduellement les pouvoirs discrétionnaires, au niveau local, aboutissent en fin de compte à enfermer le personnel hiérarchique dans des décisions imposées par des manuels de directives".

Au cours de la discussion, un membre du public prend la parole pour dire que les efforts destinés à augmenter la transparence du système et à divulger plus d'informations aux détenus ne tiennent pas compte de certaines réalités fondamentales du milieu carcéral, notamment du fait qu'employés et détenus se perçoivent comme des ennemis mutuels dans un conflit où les informations constituent les principales munitions. Selon ce délégué, la divulgation des informations est contraire aux intérêts des employés.

L'impact que peut avoir la partie IV de la Loi sur les droits de la personne sur la qualité des informations transmises par les employés correctionnels et, en conséquence, sur la qualité des décisions, fait l'objet de plusieurs ateliers. Ainsi, Ted Jamieson, coordonnateur du Bureau de protection de la vie privée, Service correctionnel du Canada, affirme, au cours de l'atelier intitulé "Vivre avec la Loi sur la protection des renseignements personnels: le dilemme du professionnel", que le consensus qui se dégage chez les responsables de la libération conditionnelle est que la législation sur la protection des droits de la personne a eu des effets à la fois positifs et négatifs sur la présentation des rapports. Sur le plan positif, il mentionne que l'on est aujourd'hui moins susceptible d'avoir des rapports fondés uniquement sur des opinions ou des préjugés personnels, ce qui signifie que les rapports sont relativement plus objectifs. Par contre, sur le plan négatif, les auteurs des rapports hésitent, à cause de la Loi, à inclure des informations qui pourraient être préjudiciables soit à l'infracteur, soit à l'informateur, si elles étaient divulguées.

Au cours du même atelier, Chris Conway, Agent de gestion des cas (collectivité) du Bureau de district de Vancouver du Service correctionnel du Canada, estime que les employés correctionnels de première ligne ne sont pas bien protégés par la législation relative à la protection de la vie privée. Selon lui, les exceptions prévues par les lois ne protègent pas réellement les employés correctionnels, et "la paqaille bureaucratique amène trop souvent à divulguer le dossier complet d'un détenu, même lorsque le dossier est accompagné d'une lettre affirmant que certaines informations en ont été prélevéees conformément à la partie IV de la Loi sur les droits de la personne". Des gaffes de cette nature suscitent non seulement le mécontentement ou la colère des détenus, mais les amènent aussi à perdre tout respect à l'égard des administrateurs. Selon lui, lorsque le système était essentiellement fondé sur l'orientation et l'aide individuelles, les travailleurs correctionnels et les

détenus communiquaient plus franchement et les informations incluses dans les rapports avaient été préalablement discutées par les deux parties. De ce fait, les rapports contenaient fort peu de surprises, voire aucune. Aujourd'hui, par contre, les rapports détenus-employés sont rarement caractérisés par la confiance et la franchise, et les détenus ne connaissent pas les informations qui sont transmises dans les rapports. Finalement, en ce qui concerne la divulgation d'information à des détenus de centres psychiatriques, Chris Conway juge inconcevable de pouvoir penser que des détenus violents ou irrationnels accepteront calmement des informations négatives.

Pour Wayne Crawford, chef du Syndicat des gardiens, les pouvoirs discrétionnaires amènent les employés à prendre des décisions en fonction de jugements individuels, reposant parfois sur des informations secondaires. Or, la partie IV de la Loi sur les droits de la personne incite les employés hiérarchiques à éviter d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires, par crainte des poursuites judiciaires qui pourraient résulter de la divulgation éventuelle de leur jugement au détenu. De plus, les employés correctionnels n'ont pas reçu de formation adéquate au sujet de l'application de la législation sur la protection de la vie privée, et aucune garantie ne leur est offerte que certains types de renseignements resteront toujours confidentiels. Au cours de son analyse, Wayne Crawford formule également certaines observations semblables à celles de Chris Conway, au sujet de la divulgation par erreur de certaines informations confidentielles.

Les prétendues lacunes de la législation sur la protection de la vie privée sont ensuite examinées par Inger Hansen, Commissaire à la protection de la vie privée pour la Commission canadienne des droits de la personne. Selon elle, si l'on veut que des modifications soient apportées à la législation pertinente, il faudra faire la preuve des problèmes qui se sont posés. Or, dit-elle, elle n'a encore eu connaissance d'aucun cas de détenu ou d'indicateur ayant obtenu judiciairement une indemnité sous prétexte que certaines informations n'auraient pas dû figurer dans certains rapports. De toute façon, dit-elle, une telle indemnité ne serait probablement accordée que dans les circonstances les plus exceptionnelles. De plus, on ne peut que se féliciter d'apprendre que la législation a eu pour effet d'amener le personnel hiérarchique à ne plus prononcer de diagnostics aléatoires au sujet des détenus, par exemple à ne plus les classer arbitrairement comme schizophrènes ou alcooliques. "Lorsqu'ils rédigent les rapports, les employés ne devraient en effet jamais déborder du cadre de leurs compétences professionnelles, ni avancer des opinions indéfendables." En effet, le danger de telles opinions, est que l'on en arrive peu à peu à les accepter comme des faits, danger que l'informatisation des systèmes va encore accroître, puisque l'on a souvent tendance à accorder beaucoup plus d'authenticité à ce qui sort des ordinateurs qu'à des rapports écrits.

Au cours des discussions, plusieurs délégués affirment eux aussi que le contenu des rapports a été sensiblement influencé par la crainte de voir divulguées certaines des informations qu'ils contiennent. Selon eux, cette crainte amène les auteurs à y inclure de moins en moins d'informations. En réponse à de tels arguments, un délégué affirme qu'il est rare que les détenus découvrent quoi que ce soit de très nouveau lorsqu'ils examinent leur dossier, car toutes les informations leur ont généralement été fournies par le "téléphone arabe" des prisons. Un autre délégué affirme par ailleurs que si certaines informations ne peuvent être divulguées aux détenus, il n'y a aucune raison de les inclure dans des rapports.

L'imputabilité parlementaire et ses effets sur les pouvoirs discrétionnaires

Au cours de l'atelier consacré à l'imputabilité des services correctionnels, Simma Holt, commissaire à la Commission nationale des libérations conditionnelles, affirme que le système d'imputabilité des ministères et organismes gouvernementaux à l'égard du Parlement est tout simplement inexistante. Selon elle, les ministres sont incapables de contrôler leur bureaucratie et d'influencer le processus d'élaboration des politiques générales conformément aux aspirations de leurs électeurs; de ce fait, le concept d'imputabilité parlementaire a perdu toute crédibilité au sein du public et la crise de légitimité qui frappe actuellement nos institutions publiques résulte peut-être, en partie, du fait que ceux qui élaborent les politiques et gèrent le système ne sont pas tenus de rendre compte de leurs activités.

Durant l'atelier intitulé "Le prix de l'imputabilité pour le secteur privé", Jim MacLatchie, directeur exécutif de la Société John Howard du Canada, affirme que les critères d'imputabilité imposés aux organismes privés qui reçoivent des crédits fédéraux sont une source de préoccupation, non pas à cause des procédures comptables qu'ils imposent, mais à cause de l'influence directe qu'ils permettent au gouvernement d'exercer sur la gestion de ces organismes. Josh Zambrowski, directeur exécutif de la Société John Howard de Montréal, estime quant à lui que les critères de responsabilité ont pour objectif d'assurer l'uniformité du système et que, de cette manière, le secteur privé est de plus en plus poussé à devenir un système de soutien du gouvernement. Pour Brian Yelland, directeur régional pour l'Ontario des Programmes des délinquants, du Service correctionnel du Canada, il est certes exact que les organismes du secteur privé doivent respecter un très grand nombre de critères d'imputabilité, mais c'est là une conséquence inévitable du fait qu'ils dépendent entièrement du secteur public et n'ont aucune source de financement d'origine privée. Il est tout à fait normal, dit-il, que les programmes fédéraux aient un minimum d'uniformité et de cohérence, ce qui rend inévitables la codification et la réglementation.

Il convient néanmoins de se demander si les évaluations du rendement effectuées pour respecter les critères d'imputabilité sont utiles, sur le plan pratique. Irvin Waller, professeur de criminologie à l'Université d'Ottawa, estime quant à lui que la simple évaluation du succès de la Commission nationale des libérations conditionnelles par rapport à ses objectifs, par exemple, laisse malheureusement de côté un grand nombre de facteurs qui contribuent à l'échec de certains libérés conditionnels, par exemple le fait qu'environ 35 000 dollars par détenu, soit l'essentiel des ressources individuelles disponibles, soient consacrés à la sécurité.

L'effet des mécanismes extra-judiciaires de révision sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires

L'analyse des mécanismes de révision des décisions administratives doit porter, non seulement sur les mécanismes judiciaires, mais aussi sur ceux que l'on peut appeler des mécanismes "extra-judiciaires", c'est-à-dire, entre autres, sur le rôle de l'enquêteur correctionnel, de l'ombudsman et des comités internes de révision. En ce qui concerne l'ombudsman et l'enquêteur correctionnel, les participants à la conférence estiment généralement qu'ils ont eu un effet raisonnablement positif sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le secteur correctionnel. Tous deux jouissent d'une excellente crédibilité sur le plan de l'impartialité, ce qui leur permet de se faire écouter, non seulement des parties directement concernées par les plaintes, mais également du Ministre ou du sous-ministre responsable des services correctionnels. Cela leur permet donc non seulement de corriger des cas particuliers d'abus des pouvoirs discrétionnaires, mais aussi d'agir pour que certains changements soient apportés au système lui-même. Le rôle de l'ombudsman reste cependant limité, comme le montre Linda Bonin, membre du Bureau du médiateur de l'Ontario. En effet, dit-elle:

i) l'ombudsman n'a pas le pouvoir d'imposer ses recommandations;
ii) puisque les décisions relatives aux établissements correctionnels doivent nécessairement être prises rapidement, il est souvent impossible d'intervenir avant que leurs effets négatifs n'apparaissent;
iii) le nombre de plaintes soumises à l'ombudsman est trop élevé;
iv) le traitement des plaintes soumises à l'ombudsman souffre de certains retards, à cause de la répartition géographique des établissements pénitentiaires en Ontario;
v) l'ombudsman ne peut rendre publiques ses conclusions; et
vi) l'ombudsman a compétence dans plusieurs domaines distincts, et pas seulement dans le domaine correctionnel, ce qui oblige les membres de son bureau à rester des généralistes.

Selon Ed McIsaac, membre du Bureau de l'enquêteur correctionnel fédéral, celui-ci est relativement efficace, vu les limites de ses pouvoirs. À son avis, la création du poste d'enquêteur correctionnel a contribué à améliorer le système global. Un certain nombre de décisions préjudiciables aux détenus ont pu être renversées suite aux efforts de l'enquêteur. Ed McIsaac conclut son intervention en disant que le devoir de révision est une responsabilité partagée, qu'aucun mécanisme ne saurait assumer seul de manière satisfaisante. En d'autres mots, l'efficacité des procédures de révision dépend de la coexistence de trois éléments, à savoir des mécanismes internes de révision, d'une législation bien conçue, et de l'enquêteur correctionnel.

Le deuxième type de mécanisme de révision examiné au cours de la conférence est celui qu'utilise la Commission nationale des libérations conditionnelles. Durant l'atelier consacré à ce sujet, Ron Price, professeur de droit à l'université Queen's, déclare que l'on ne saurait attendre des mécanismes internes de contrôle, non seulement dans le domaine correctionnel mais aussi dans n'importe quel autre, qu'ils puissent atteindre le degré d'objectivité requis pour produire de bons résultats. En outre, la bureaucratie entraîne inévitablement certains délais et une certaine confusion, qui ne servent pas les intérêts de la justice. Selon Josh Zambrowski, le mécanisme interne de révision du système fédéral de libération conditionnelle n'a pas été instauré adéquatement et ne devrait même pas être utilisé. Enfin, dit-il,l'argument selon lequel des informations complémentaires sont requises permet à beaucoup de gens de retarder indéfiniment leurs décisions, ce qui est inexcusable.

En résumé, les partisans de mécanismes tels que les normes, les directives et les garanties de procédures, affirment qu'ils permettent de clarifier les critères de décision, ce qui favorise l'impartialité et l'équité du système correctionnel. En outre, ces mécanismes permettent d'évaluer ce qui se fait dans le système et, donc, de l'améliorer s'il y a lieu. Finalement, ces partisans affirment que de tels mécanismes préservent suffisamment de pouvoirs discrétionnaires pour que l'on puisse tenir compte des circonstances particulières de tel ou tel cas.

En règle générale, les détracteurs des normes, directives et garanties de procédures leur reprochent essentiellement de n'avoir d'effet qu'au niveau des procédures, sans rien changer à la nature même des décisions. De ce fait, selon eux, les organismes correctionnels ne sont amenés à rendre compte que des méthodes employées pour parvenir aux décisions, et non pas de la qualité de ces décisions. Finalement, avec de tels mécanismes, la responsabilité des décisions est transférée des individus eux-mêmes à des procédures relativement automatiques, ce qui a pour effet non seulement de déshumaniser le système correctionnel mais aussi de corrompre l'incitation à prendre des décisions de meilleure qualité.

Au cours de la conférence, diverses recommandations ont été présentées, pour améliorer ou circonscrire l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel, sur la base des observations et opinions résumées dans les chapitres précédents. Ces recommandations, ainsi que leurs justifications, font l'objet du dernier chapitre de ce rapport.

QUE FAUT-IL FAIRE?

Diverses recommandations sont présentées, au cours de la conférence, dans le but de modifier l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. D'aucuns affirment ainsi que l'on devrait transférer les pouvoirs des services correctionnels vers l'un ou l'autre des secteurs suivants de la société: le Parlement, le système judiciaire, le public et les infracteurs. D'autres estiment par contre qu'il importe surtout, sans nécessairement exclure la possibilité de réduire les pouvoirs des services correctionnels, d'encadrer leurs pouvoirs discrétionnaires au moyen de règles, de directives, de garanties de procédure et de normes. D'autres enfin recommandent l'adoption de mesures destinées à améliorer les compétences des employés correctionnels pour leur permettre de prendre des décisions de qualité. Le lecteur trouvera donc ci-après des exemples des divers types de recommandations présentées lors de la conférence, et de leurs justifications.

Pour Stewart Asquith, maître de conférences à l'école d'administration sociale de l'Université d'Édimbourg, il importe, non seulement de circonscrire les pouvoirs discrétionnaires au moyen de garanties légales, mais aussi de réexaminer les valeurs et principes qui en sous-tendent l'exercice. Au cours de sa communication, il affirme que "l'exercice des pouvoirs discrétionnaires doit s'analyser non seulement sur le plan du jugement professionnel et des lacunes des systèmes d'imputabilité, mais aussi dans le contexte d'une critique beaucoup plus générale de la léqitimité des institutions sociales importantes, telles que les organismes de travail social ou de justice pénale". Selon lui, si l'on estime que les problèmes que posent actuellement les pouvoirs discrétionnaires résultent d'une crise de légitimité des actes des professionnels du bien-être social, on doit peut-être alors aborder le problème en remettant en cause la répartition des pouvoirs au sein de la société.

Au cours du premier atelier, John Hogarth, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, formule plusieurs recommandations fondées sur la nécessité de modifier le statut des détenus et, par conséquent, l'équilibre des pouvoirs entre responsables correctionnels et détenus. Selon lui, au lieu d'essayer de circonscrire, de limiter et d'encadrer les pouvoirs discrétionnaires, il serait préférable de laisser aux détenus le statut, les devoirs et les obligations dont jouissent les autres membres de la société de par leur qualité de citoyens. De cette manière, les détenus ne seraient privés que des privilèges, immunités et droits qui doivent absolument leur être ôtés pour assurer la sécurité de l'établissement. En d'autres mots, les détenus ne devraient pas être autorisés, sous prétexte de garanties légales, à échapper à la responsabilité morale que leur confère leur qualité de citoyens. Selon John Hogarth, il existe plusieurs options à la méthode des garanties légales. Ainsi, "nous avons collectivement le choix entre plusieurs méthodes de 'manipulation' sociale", et pourrions, par exemple, réduire la taille des établissements pénitentiaires, de façon à permettre l'instauration de rapports humains véritables entre le personnel et les détenus. Le professeur Hogarth recommande également d'améliorer la formation professionnelle et les conditions de travail du personnel pénitentiaire. De plus, affirme-t-il, nous pourrions exiger des infracteurs qu'ils assument leurs responsabilités à l'égard des victimes, de leurs familles et de la société, et les obliger à payer leur pension dans les établissements pénitentiaires, ce qui les maintiendrait dans un cadre de vie semblable à celui de la société dont ils sont issus, tout au moins sur le plan de l'obligation d'être productif. Par ailleurs, nous pourrions autoriser la libération des personnes faisant la preuve, devant un tribunal approprié, qu'elles ont eu un comportement adéquat et ont maintenu les rapports décrits ci-dessus, lesquels participent d'obligations déterminées par statut et non pas par contrat. John Hogarth insiste sur le fait que l'idée d'accorder le statut de citoyens aux détenus se fonde sur une idée positive de l'homme, perçu comme un être méritant fondamentalement notre confiance, et non sur une idée négative, exigeant le recours à des mécanismes de contrôle établis de manière contractuelle.

Le troisième conférencier du premier atelier est André Normandeau, professeur de criminologie à l'Université de Montréal, qui estime "qu'il faut rechercher un moyen terme entre, d'une part, l'indifférence devant les abus potentiels et réels résultant de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires injustes et arbitraires et, d'autre part, la recherche impossible, inutile et inhumaine d'un système complètement régi par la règle de droit, et duquel tout pouvoir discrétionnaire serait expulsé". Selon lui, on peut trouver ce moyen terme en soumettant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires à la critique d'un public éclairé et de groupes intéressés et spécialisés dans le domaine

correctionnel. C'est donc en faisant appel au public, et non pas en resserrant encore les contrôles juridiques, que l'on s'assurera que les raisons sous-jacentes aux décisions correctionnelles sont connues et justifiées, c'est-à-dire que les droits et libertés des infracteurs sont respectés.

Au cours de la discussion suivant les trois communications, plusieurs participants interviennent pour réclamer, eux aussi, un rééquilibrage des pouvoirs entre les détenus et le système correctionnel, mais en contestant l'idée selon laquelle on ne pourrait atteindre cet objectif en renforçant les garanties juridiques. Michael Jackson, professeur de droit à l'Université de Colombie-Britannique, et Howard Epstein, avocat à Halifax, affirment en effet que la règle de droit contribue à rééquilibrer les pouvoirs, puisqu'elle restreint ceux des fonctionnaires. Telle n'est pas l'opinion du professeur Hogarth, qui estime que les solutions juridiques débouchent sur un système de rapports accusatoires et ne changent rien au déséquilibre des pouvoirs; au contraire, leur effet à l'égard des rapports détenus-employés est formalisant, polarisant et aliénant. Or, l'élimination des abus de pouvoir dépend fondamentalement de l'amélioration des rapports entre ces deux catégories, ce qui exige que l'on abandonne la dialectique du nous/eux renforcée par les mécanismes juridiques. La solution consiste donc à favoriser l'esprit collectif et le sentiment de communauté d'intérêt, ce que l'on ne pourra obtenir qu'en créant des établissements plus petits, dont les membres auront conservé des fonctions et obligations normales.

L'avis du professeur Hogarth est confirmé par la déclaration ci-dessous, faite par Hans Mohr[21], professeur de sociologie à l'université York, pendant son discours d'ouverture: "Rien, dans notre système de justice formelle, ne me permet de croire que les détenus réussiront à faire respecter leurs droits en ayant recours, à l'intérieur des établissements, à un système de justice parallèle à celui des tribunaux criminels de l'extérieur."

L'argument de Stewart Asquith, selon lequel le problème des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel doit être envisagé dans un contexte social et politique beaucoup plus général, est appuyé par Charles Reasons, professeur de criminologie à l'université Simon Fraser, qui affirme que la difficulté résulte du déséquilibre des pouvoirs entre fournisseurs et clients des services. Pour lui, on ne saurait aborder adéquatement le problème des pouvoirs discrétionnaires à l'intérieur des établissements pénitenciaires, ou du système correctionnel, sans l'avoir auparavant posé pour l'extérieur desdits établissements.

---

21 La transcription intégrale de sa communication est reproduite dans la deuxième partie.

Alan Leadbeater, adjoint au vice-président du Conseil de la Radio-télévision et des télécommunications canadiennes, estime quant à lui que l'une des causes fondamentales de la crise de légitimité que l'on connaît actuellement résulte du phénomène de substitution des objectifs. Il entend par là que les institutions perdent une partie de leur légitimité chaque fois qu'elles prennent des décisions qui ne correspondent pas aux objectifs officiels qu'elles ont énoncés. Cela dit, nous devons identifier les forces de sanction/satisfaction qui s'exercent sur chaque organisation et examiner les réponses qu'elles suscitent pour savoir s'il y a ou non substitution des objectifs et, dans l'affirmative, quels sont les nouveaux objectifs. Pour ce faire, il faut procéder à une sorte d'analyse indépendante de la légitimité des décisions individuelles, et cette analyse ne doit être un examen ni judiciaire ni public du bien-fondé de ces décisions, mais plutôt un examen général des politiques fondamentales, de façon à soumettre à la critique les véritables objectifs opérationnels. La méthode qu'il propose pour atteindre ce résultat consisterait à créer un Conseil administratif et à renforcer le rôle du Parlement, en procédant à la refonte du système des comités parlementaires.

Selon Alan Leadbeater, il importe non seulement d'améliorer la qualité des décisions mais aussi de veiller à ce qu'elles soient mieux acceptées, ce qui exige que trois conditions soient satisfaites: 1) recherche, sélection et attention adéquates; 2) pondération adéquate; et 3) contextualisation adéquate. En ce qui concerne la première condition, le décideur doit avoir la possibilité de réserver son jugement tant qu'il n'a pas procédé à l'analyse complète des faits, des opinions, des arguments et des valeurs. En ce qui concerne la deuxième, le décideur doit être capable, grâce à son expérience ou en ayant recours à des outils spéciaux, de pondérer adéquatement les facteurs en jeu. En ce qui concerne la troisième, le décideur doit parvenir à une compréhension profonde du contexte décisionnel général qui circonscrit et définit les possibilités de décision, et être capable de faire preuve d'imagination dans la recherche de choix décisionnels. En conclusion, dit-il, si les objectifs du décideur sont acceptés par ceux qu'ils affectent et si les trois conditions ci-dessus sont satisfaites, on pourra obtenir des décisions de qualité, susceptibles d'être acceptées.

Au cours de l'atelier intitulé "L'influence de l'opinion publique sur les pouvoirs discrétionnaires", Olé Ingstrup, président du Comité permanent sur les régimes pénitentiaires du Conseil de l'Europe, affirme qu'il importe de faire le meilleur usage possible des ressources humaines oeuvrant dans le domaine correctionnel, en déléguant les responsabilités et les pouvoirs de décision. Dans ce contexte, les responsables du système carcéral du Danemark ont constaté que:

i) le simple fait que l'administration centrale soit efficace ne signifie pas que tout le système le soit également;

ii) les employés et les détenus se comportent en fonction de ce que l'on attend d'eux; si l'on veut qu'ils se comportent de manière responsable, il faut qu'ils puissent être responsables de quelque chose;

iii) la délégation de pouvoirs, y compris de pouvoirs discrétionnaires, n'entraîne pas nécessairement une perte d'influence ou de leadership, mais fait passer les gestionnaires du rôle de décideurs à celui de véritables leaders;

iv) lorsqu'un cadre perd confiance en certaines personnes, il ne peut plus comprendre ce que la responsabilité signifie pour elles et ne peut appliquer les recommandations ci-dessus.

Au cours de l'atelier intitulé "Quel degré de transparence ce système peut-il tolérer?", David Cole, avocat, affirme qu'il est urgent de préciser le rôle des agents de libérations conditionnelles face au difficile problème de la divulgation des informations. Selon lui, tous les manuels de directives, toute la formation continue des agents et toute la législation, devraient avoir comme principe de départ que toute information peut être divulguée sur demande. En outre, si les vraies raisons des décisions ne sont pas divulguées, les tribunaux devraient annuler celles qui portent refus, révocation ou modification des conditions de la libération conditionnelle.

Au cours du même atelier, Brian Pollick, directeur exécutif de la Société John Howard de l'Alberta, déclare que c'est seulement lorsque nous serons parvenus à avoir un point de vue positif à l'égard des infracteurs que nous pourrons dissiper l'atmosphère de crainte qui entrave, non seulement la transparence dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, mais également cet exercice lui-même. Nous ne parviendrons à ce résultat qu'en restructurant nos institutions pour donner aux détenus et aux infracteurs de vraies responsabilités ainsi que la possibilité de réussir ou d'échouer. Il importe également, dit-il, de mieux définir les buts et objectifs du système, afin d'en chasser toute contradiction théorique. Par ailleurs, le personnel pénitentiaire devra recevoir une formation particulière, l'incitant à accepter et à partager ces objectifs. Brian Pollick recommande ensuite l'instauration d'un programme d'éducation publique à long terme, portant sur l'utilisation des informations dans le processus décisionnel correctionnel; selon lui, les divers éléments du système devront être prêts à tester la validité de toutes les informations, et pas seulement des informations positives. En conclusion, dit-il, si l'on veut améliorer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel, il faut également améliorer la qualité des décisions judiciaires.

La nécessité d'énoncer clairement les principes et objectifs du système correctionnel est souvent mentionnée au cours de la conférence. Deux participants à l'atelier consacré à "L'évolution de la théorie correctionnelle: effets sur la répartition des pouvoirs discrétionnaires" expriment ainsi leur point de vue sur ce que devraient être ces objectifs. Pour John Klein, professeur de criminologie à l'université Simon Fraser, l'idéal de réadaptation du détenu ne devrait pas être abandonné simplement parce qu'il implique un certain degré de coercition. En effet, dit-il, la coercition constitue un élément fondamental de notre vie sociale. Ce qui est important, c'est de préserver la liberté de l'individu et son pouvoir discrétionnaire de résister à la coercition. Selon John Klein, l'idéal de réadaptation doit donc être conservé, puisque diverses études ont montré qu'il pouvait déboucher sur certains succès. Il lui semble donc prématuré de rejeter cet objectif et il recommande plutôt d'autoriser les détenus à refuser les traitements qui leur sont offerts.

Pour l'orateur suivant, Frank Miller, secrétaire des Associations nationales travaillant dans le domaine de la justice pénale, il n'existe pas de solution unique au problème et l'on doit plutôt tenir compte de tous les aspects des activités correctionnelles, c'est-à-dire aussi bien de la punition que de la dissuasion et de la réadaptation. En ce qui concerne l'objectif de réadaptation, il implique l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires, lesquels sont également nécessaires pour des raisons humanitaires. Selon lui, on devrait éviter la tendance cyclique du système correctionnel à réorienter ses objectifs fondamentaux, et s'efforcer plutôt de combiner les principes de réadaptation et de justice.

Bon nombre de ceux qui insistent sur la nécessité de respecter l'obligation à l'impartialité et les garanties de procédures recommandent avec vigueur que ces procédures soient élaborées par les organismes correctionnels en collaboration avec les juristes et les infracteurs, dans un esprit de collaboration. À défaut de cela, les tribunaux imposeront eux-mêmes des mécanismes garantissant le respect des voies de droit régulières, au coup par coup, en fonction des cas particuliers qui leur seront soumis, au lieu de tenir compte de la situation globale du réqime correctionnel.

Pour deux ou trois orateurs, notamment pour Bradley Willis, avocat en Alberta, c'est le pouvoir judiciaire, et non les organismes correctionnels, qui dispose des compétences nécessaires pour assurer l'impartialité des procédures ainsi que de leurs résultats. La solution consiste donc à rendre les tribunaux responsables de l'application des peines, ce qui aurait pour avantage de réduire le coût du système et d'en renforcer l'équité et la justice.

Pour de nombreux délégués, il est essentiel de rendre le système plus responsable de ses activités en le soumettant davantage à l'analyse publique. La principale recommandation formulée à ce sujet est destinée à développer la capacité de communiquer les informations au public et de tenir compte des aspirations de ce dernier. L'un des partisans de cette méthode est Don McComb, directeur de services récréatifs en Colombie-Britannique, qui insiste sur la nécessité d'instaurer un climat de confiance entre la collectivité et le système correctionnel, ce qui exige, selon lui, que les organismes gouvernementaux surmontent leurs craintes innées et commencent à communiquer librement et équitablement avec la population.

Plusieurs participants adoptent un point de vue sensiblement différent à l'égard de la transparence puisque, selon eux, le besoin le plus pressant est de prouver que le système prend des décisions impartiales et équitables, sur la base de critères clairement énoncés. Joan Nuffield, entre autres, recommande donc de fonder les décisions de libération conditionnelle sur des directives.

Ce résumé des recommandations formulées au cours de la conférence reflète bien sûr une certaine divergence d'opinions entre ceux qui recommandent de circonscrire les pouvoirs discrétionnaires et ceux qui proposent d'en améliorer l'exercice. Pour les premiers, l'objectif essentiel semble être d'éviter que les pouvoirs discrétionnaires n'entraînent des décisions capricieuses et inéquitables. Leurs recommandations sont donc destinées à limiter ces pouvoirs discrétionnaires des organismes correctionnels, et ce de deux manières: d'abord, au moyen de règles, directives et garanties de procédure encadrant fermement l'exercice de ces pouvoirs et, deuxièmement, en transférant certains des pouvoirs discrétionnaires du système correctionnel aux tribunaux, au Parlement et au public. Pour les autres, l'essentiel est d'améliorer, et non pas de limiter, l'exercice des pouvoirs discrétionnaires car, estiment-il, il n'est ni possible ni souhaitable d'éliminer le recours au jugement humain à tous les niveaux du régime correctionnel. En conséquence, il importe surtout de bien choisir et de bien former les travailleurs correctionnels, de façon à garantir qu'ils feront preuve d'un jugement sûr dans la poursuite des objectifs clairement définis.

CONCLUSIONS

L'un des thèmes centraux de la conférence est la controverse que suscitent actuellement les pouvoirs discrétionnaires et le fait que les appels récemment lancés pour les circonscrire n'émanent pas simplement de lacunes apparentes au niveau des règles mais aussi d'une crise de légitimité de nos principales institutions sociales et politiques. Selon cette analyse, la crise de confiance résulte d'un mécontentement causé par l'exercice capricieux des pouvoirs discrétionnaires, ainsi que d'une remise en question des valeurs et principes sur lesquels repose cet exercice. Si tel est le cas, nous dit-on, l'adoption de règlements reflétant les mêmes valeurs risque fort de ne pas être une solution adéquate aux problèmes qui sont à l'origine de la controverse.

Les tenants de ces points de vue considèrent donc que de tels règlements, reflétant des valeurs inacceptables pour ceux que le système doit desservir, risquent en fait simplement de perpétuer les résistances que suscite le pouvoir extraordinaire que détient le système à l'égard des vies individuelles. Notre rôle ne doit donc pas se limiter à atténuer l'inégalité des décisions, au moyen de règles et de directives, mais consiste aussi à satisfaire ceux qui exigent des décisions de meilleure qualité, susceptibles d'être mieux acceptées. Si l'on veut s'engager dans cette voie, il faudra adopter des mesures permettant notamment de mieux pondérer les facteurs décisionnels, de développer les données statistiques permettant de définir le contexte des décisions individuelles, de formuler plus clairement la mission des organismes correctionnels et, finalement, d'assurer la transparence de ceux-ci au regard du public.

Quant à savoir si les garanties légales constituent la meilleure solution pour améliorer la qualité des décisions et mieux les faire accepter, c'est là une question qui fait l'objet de débats passionnés. Pour certains, des garanties de procédure et des dispositions législatives fondées sur la reconnaissance des droits des détenus contribuent beaucoup à améliorer et à circonscrire l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Pour d'autres, par contre, cela risque d'être une entrave puisque les garanties légales transformeront le processus de décision en système accusatoire, ce qui aggravera les dissensions entre les infracteurs et les employés correctionnels. En outre, les garanties de procédure risquent de n'améliorer que les procédures et non pas la substance même des décisions, ce qui est, pour beaucoup, l'aspect des pouvoirs discrétionnaires qui devrait nous préoccuper le plus.

Bon nombre des discussions engagées au cours de la conférence montrent que la crise de légitimité qui semble nourrir la controverse relative aux pouvoirs discrétionnaires se manifeste aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du système correctionnel. Les efforts entrepris pour favoriser l'équité et l'impartialité des décisions, au moyen de règles permettant d'encadrer les pouvoirs discrétionnaires des travailleurs correctionnels, semblent, selon de nombreux participants aux débats, avoir suscité la frustration et la confusion. Cet effort d'encadrement des pouvoirs discrétionnaires a souvent été interprété comme une motion de censure, ce qui a eu un effet très préjudiciable sur le moral. Certains de ceux qui partagent ce point de vue affirment que les mesures destinées à garantir l'équité et la justice sont appliquées aux dépens de la souplesse et de l'humanité du régime de justice pénale. D'autres prétendent, par contre, que ces mesures sont préjudiciables à l'ordre, à la sécurité et à la protection du public. Quoi qu'il en soit, le message le plus évident qui ressort de la conférence est que de nombreux travailleurs correctionnels, aussi bien du secteur public que du secteur privé, estiment que leurs pouvoirs discrétionnaires ont été tellement restreints qu'ils sont aujourd'hui dans l'incapacité d'assumer adéquatement leurs responsabilités.

Leur sentiment de frustration, dit-on, se fonde sur un désaccord profond avec les buts et les objectifs mis en application par les mesures limitant les pouvoirs discrétionnaires. Autrement dit, on ne croit pas à la légitimité d'une mission correctionelle établie par des règles, des règlements et des procédures.

La "crise de légitimité" perçue dans nos principales institutions sociales - crise qui résulte d'un conflit au niveau des valeurs fondamentales - explique les demandes croissantes pour l'imputabilité des agents gouvernementaux. L'autorité discrétionnaire illimitée et sans contredit dont jouissent les agences gouvernementales n'est plus tolérée par les tribunaux ni par le

public. La haute direction des agences et des services gouvernementaux ainsi que les tribunaux ont fortement ressenti la pression exercée par ces demandes. Le besoin de démontrer ce qui est fait et de rendre compte des décisions rendues a profondément affecté les services correctionnels dans leur totalité.

Lors de la Conférence, il a été soutenu que, théoriquement, ces demandes n'avaient pas et ne devaient pas mener à une réduction des pouvoirs discrétionnaires exercés à tout niveau d'une organisation. Le fait que cela semble se produire peut s'expliquer par certains éléments soulevés lors de la conférence. Ainsi, il a été mentionné que, si on veut maintenir la prise de décision à tous les niveaux d'un organisme, tout en tenant chaque gestionnaire imputable de ces décisions, il est indispensable de clairement définir la mission de l'organisme et de la transmettre jusqu'aux niveaux hiérarchiques les plus bas. De plus, a-t-on dit, les seules directives qui devraient être émises sont celles qui reflètent les objectifs précis de l'organisme et, les seuls objectifs qui soient légitimes sont ceux qui reflètent la mission de l'organisme. On a également mentionné que la seule mission qui soit légitime est celle qui répond aux besoins de ceux pour qui le service a été créé. Sans la définition claire d'une mission légitime, l'exercice des pouvoirs discrétionnaires sera guidé par l'appréciation subjective de ce qu'est cette mission.

Le problème que semblent rencontrer les services correctionnels dans leurs efforts vers une plus grande imputabilité, est l'absence d'une compréhension claire et communément acceptée de ce que devraient être leurs objectifs légitimes. Puisque ceux qui travaillent dans le système et ceux qui en reçoivent les services ont des appréciations divergentes de ce que devrait être l'objectif correctionnel, il est impossible de formuler des directives et des normes visant à l'accomplissement d'une mission communément acceptée.

Il ressort des discussions tenues lors de la Conférence que, en l'absence d'une mission communément acceptée, et devant une imputabilité sans cesse demandée, certains objectifs seront négligés en faveur de l'uniformité et de l'équité. Il nous faut donc craindre que les réformes quant au fond soient laissées de côté au profit des réformes de procédure et, que les processus mécaniques l'emportent sur le jugement humain.

DEUXIÈME PARTIE

CONFÉRENCE SUR LES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES: TEXTES CHOISIS

LES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES: IL Y A DISCRÉTION ET DISCRÉTION

J.W. Mohr
Professeur de droit
Osgoode Hall
Université York
Toronto, Ontario

Si nous transformons les pouvoirs discrétionnaires, qui dérivent et dépendent de l'intervention humaine, en de simples ensembles de règles, nous en réduisons le rayonnement et faisons rentrer dans l'ombre les perceptions et actions réelles des agents humains. Dans toute situation réelle, l'application des règlements est tributaire du jugement humain. De plus, ces règles doivent convenir à la situation. Une simple extrapolation des règles du droit criminel au domaine correctionnel revient à ignorer les différences marquées existant entre les décisions prises au tribunal et celles des autorités correctionnelles.

I

J'avais tout d'abord choisi pour titre de cet exposé - "Sur le pont d'Avignon, on y danse, on y danse". Il eût été plus facile de chanter cet air pour me faire offrir une place à votre table, et cela aurait constitué une introduction parfaite au sujet de cette conférence, mais cela aurait peut-être traduit une certaine légèreté. Et nous sommes, bien sûr, des gens sérieux qui appartiennent à un système sérieux. Il y a peut-être un humour propre aux prisons, mais nous n'avons encore jamais entendu parler de l'humour des libérations conditionnelles et il est impossible d'imaginer un humour propre au système correctionnel. Il y a pourtant un certain élément d'ironie dans la manière dont nous concevons les pouvoirs discrétionnaires.

Depuis deux jours que nous discutons ce sujet, nous avons peut-être fait un sort à toutes les idées préconçues; il se peut en fait que pas une seule idée claire n'ait survécu. Permettez-moi de procéder selon ma méthode habituelle quand j'ai du mal à cerner un concept - laissez-moi ouvrir mon dictionnaire et recommencer à zéro. L'expérience m'a maintes fois montré que la famille de sens qui entoure chaque oeuvre, son histoire et sa praxis contient l'essence de tout ce qu'il est concevable que nous puissions dire, même dans le cadre d'une conférence aussi complexe que celle-ci.

Quand la rumeur de l'organisation d'une conférence sur les pouvoirs discrétionnaires m'est parvenue, j'y ai vu un signe encourageant - les autorités officielles nationales, je dirai même internationales, allaient donc peut-être de nouveau nous autoriser à penser. Mais il y eut aussitôt les premiers signaux d'alarme - le titre et les thèmes du sujet traité. "Pouvoirs discrétionnaires dans le système correctionnel" - ceci dit, les systèmes n'ont rien à voir avec la définition que nous donne le dictionnaire des pouvoirs discrétionnaires, et dont je veux vous entretenir. Certes, le thème de la première journée a porté sur la "restriction des pouvoirs discrétionnaires" - après tout, les restrictions n'ont rien de nouveau pour nous dans le système correctionnel. Seul le deuxième jour devait être consacré à "la revue des pouvoirs discrétionnaires" - encore une fois c'est assez logique car, dans la pratique, nous commençons habituellement par incarcérer et ce n'est qu'ensuite que nous passons à la revue. Et finalement, il nous faut donner un cadre à ces pouvoirs - il n'y a donc là aucune liberté possible pour eux, uniquement une surveillance obligatoire. Les dés sont donc pipés, mais comme le disait le joueur à l'ami qui le mettait en garde: il n'y a rien d'autre à faire dans le coin.

Néanmoins, ce que j'espère et ce qui me préoccupe, c'est que ces pouvoirs discrétionnaires soient compris, non comme une caractéristique négative des systèmes et des règles, mais comme un élément fondamental et distinct de l'intervention humaine sans lequel ces systèmes et ces règles ne pourraient fonctionner, ou alors seulement par le jeu d'un subterfuge, en dissimulant ce qui demeure invariablement une manifestation du jugement humain.

Permettez-moi maintenant de citer le Shorter Oxford (avec un peu d'aide du gros) et je peux assurer mes amis français que le Petit Robert nous raconte la même histoire.

Discrétion: I. Séparation, disjonction, distinction 1590.

Pour le moment, nous sommes encore en territoire connu. Mais le sommes-nous vraiment? Après tout, avec la banqueroute de l'imagination sur le plan

juridique dans ce domaine au cours de ces dernières décennies (pour ne pas dire du siècle écoulé), le terme discrétion n'est-il pas devenu anathème, une chute du paradis des certitudes? Mais il ne fait pas de doute que la séparation, la disjonction, la distinction sont notre pain quotidien.

Allons un peu plus loin:

II. 1. Action de discerner ou de juger, jugement, discernement, discrimination MA.

Et ici, nous nous enlisons encore plus. N'est-ce pas justement là l'objet même du processus juridique? L'acte de discerner ou de juger. Sûrement, les règles ne constituent que l'ossature d'un corpus juridique. Décider de ce qui est judiciaire, quasi-judiciaire ou tout simplement humain, exige nécessairement du jugement et du discernement, avec toutes les conséquences bonnes et mauvaises que ces deux mots évoquent pour nous. Tous deux, incidemment, proviennent de la même racine - le grec: krinein, qui nous a également donné le mot crime.

Nous lisons ensuite:

2. Faculté de discernement - 1651.

Le Shorter Oxford nous explique que cette faculté a apparemment disparu vers 1651, et le gros Oxford nous précise que c'est Thomas Hobbes qui a été le dernier à s'en servir dans le Leviathan. C'est à lui, bien sûr, que l'on doit le règne de la Loi comme manifestation de l'autorité absolue de l'État. Nous n'avons pas oublié son message, et sommes même allés encore plus loin mais nous avons oublié l'ironie sous-jacente: Le Leviathan est après tout un monstre.

Mais c'est vraiment ici que les Athéniens s'atteignirent:

3. Liberté ou pouvoir de décider ou d'agir selon son propre jugement; pouvoir de disposition sans contrôle MA; en droit; pouvoir de prendre des décisions, dans les limites autorisées par les règles positives de la loi, en ce qui concerne les châtiments, les remèdes ou les coûts, et en général, pouvoir de réglementer des questions de procédures et d'administration 1467.

Que faire avec un mot qui signifie à la fois agir selon son propre jugement et pouvoir de disposition sans contrôle? Les linguistes positivistes l'éliminent purement et simplement. Mais les étudiants de la nature humaine

reconnaîtront qu'il s'agit des deux côtés d'une même médaille. Les jugements humains ne sont libres que dans la mesure où ils font intervenir un pouvoir de disposition sans contrôle. Dans la loi, comme nous le dit la définition, le pouvoir discrétionnaire est le pouvoir de décider dans les limites des règles positives de la loi - et non avec elles.

Si nous voulons aller jusqu'au dernier sens important que nous donne le dictionnaire, voici ce que nous trouvons:

III. 1. Qualité de la personne qui fait faire preuve de discrétion; discernement; prudence, sagacité, circonspection, jugement sain MA.

2. Propriété du comportement 1782.

Il nous faut maintenant nous demander ce que signifie véritablement "pouvoir de décider dans les limites des règles positives de la loi". Et c'est pour cette raison (et pas seulement pour vous embrouiller) que j'ai ajouté les deux sens de l'adjectif discret.

Discret - Qui fait preuve de discernement dans sa manière d'agir et de parler; judicieux, circonspect, prudent;

Discret - Séparé, discontinu, distinct.

Ce que je veux dire par là c'est que si la discrétion doit être judicieuse, circonspecte et prudente, il faut qu'elle soit examinée séparément, et séparée des autres, ce qui, dans le cadre de notre discussion, signifie séparément et détaché des prémisses systémiques, et distinct des règles. Je crois que nous pouvons accepter le fait que, dans l'établissement des fautes importantes, dans le contrôle du déroulement d'un procès et des preuves qui sont présentées, des schèmes stricts doivent prévaloir, des règles doivent s'imposer. S'il nous faut avoir une forme de droits aussi violents et coercitifs que le droit criminel, un contrôle rigide de l'entrée et de la sortie de nos pénitenciers s'impose. Mais il y a une cassure indiscutable entre l'inculpation et la condamnation. Ces deux mesures obéissent non seulement à des ensembles de règles différents, mais la nature de ces règles et la place réservée à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires changent totalement. Il va de soi que c'est la condamnation qui fournit la raison d'être du système correctionnel - si c'est ainsi que nous voulons l'appeler. (Pour s'exprimer de manière plus imagée, on pourrait également dire que c'est la condamnation qui fournit la matière première de l'industrie correctionnelle, sinon son produit fini.)

C'est une erreur fondamentale que de croire que nous puissions étendre la théorie du droit criminel, comme c'est en général le cas, à l'imposition des peines et aux systèmes correctionnels. Cette théorie - et ce qui constitue l'essentiel du droit criminel enseigné dans les facultés de droit - est inspirée par le jeu des délits et des défenses tel que le définissent la substance même de la loi, les décisions antérieures et les principes qui donnent sa forme au jugement proprement dit. Ce qui est en cause dans celui-ci c'est une forme interdite de comportement et un degré prescrit d'intention - et non une personne, du moins pas en théorie. En revanche, l'imposition des peines et les systèmes correctionnels, que nous parlions de châtiment ou de réhabilitation, ou de toute autre notion générale que nous cachons dans notre manche, ont trait aux êtres humains. Les juges peuvent conserver l'illusion (encore qu'ils soient rares à pouvoir le faire à l'égard de la personne qui se trouve devant eux) que leur sentence ne concerne que l'acte qui a été commis. Mais une telle illusion est impossible pour le gardien qui accueille le prisonnier.

J'ai toujours été profondément surpris que les juges et les autres personnes ayant une formation juridique, en particulier les universitaires, puissent attaquer avec une telle véhémence ce qu'ils considèrent comme l'exercice de pouvoirs discrétionnaires dans le processus correctionnel, notamment l'existence de la libération conditionnelle, et qu'ils négligent totalement le fait que l'imposition des peines, du moins dans le contexte canadien, fait une très large place aux pouvoirs discrétionnaires. Nous pouvons essayer, comme l'ont fait nos amis américains au cours de ces dix dernières années, de les éliminer totalement de notre système. Mais c'est là une illusion dangereuse, beaucoup plus dangereuse que l'idée de réhabilitation qui a été, partiellement du moins, la cible du durcissement du système. Certains Américains reconnaissent maintenant que le remède est pire que le mal que l'on croyait incarné par ces pouvoirs discrétionnaires. Il est en tout cas curieux que les attaques dont ils ont fait l'objet aient surtout visé des décisions postérieures à la sentence et non celles qui étaient prises avant les procès et qui souffrent encore plus d'une justice où les négociations tiennent une place excessive et d'une visibilité encore plus réduite. Mais les bons petits arrangements précédant les procès sont surtout l'oeuvre des avocats, et il faut donc bien qu'ils soient légaux.

Il se peut fort bien, comme beaucoup l'ont prétendu, que le système correctionnel soit une véritable jungle sur le plan juridique. Mais est-ce dû à une absence de règles et de règlements?; ou peut-être même à une absence de procédures bien déterminées? Peut-on, dans le milieu carcéral, mesurer les clauses de sauvegarde d'après les normes du droit criminel, lorsque ce droit a déjà privé un groupe de personnes de son autonomie et a déjà imposé à un autre groupe, les gardiens, des obligations qu'il punirait dans un contexte

civil normal? Quelles normes appliquer aux conclusions fondées sur les faits et la loi dans le processus de libération conditionelle, qui, de par sa nature même, est discrétionnaire?

Le danger est que si nous transformons en règles ces pouvoirs discrétionnaires qui dérivent de l'intervention humaine et en dépendent, nous en réduisons la "visibilité" et faisons littéralement rentrer sous terre les perceptions et les actions réelles des agents humains. Dans toute situation vécue, l'application des règles est tributaire du jugement humain. Si l'on ne reconnaît pas ce fait et si on ne lui impose pas une forme d'imputabilité, les agents humains joueront à qui sera le plus fort avec les règles, tout en essayant en même temps de ne pas se mouiller.

II

Le concept de "La Règle du Droit" n'est qu'une interprétation de la loi; il y en a d'autres, telle que l'équité et la coutume qui sont moins liées par les règles que par le contexte ou les conventions, comme notre Cour suprême a récemment été contrainte de le reconnaître. Je voudrais bien pouvoir maintenant vous proposer de laisser le droit de côté et de nous tourner vers les sciences sociales pour comprendre le contexte ou les conventions, ou ce que l'on appelait autrefois les moeurs. Mais je crains que, là aussi, nous ne trouvions le même asservissement aux règles, même s'il s'exprime sous une forme différente, telle que celle des mesures quantitatives; nous y trouverons le même rejet de l'intervention humaine et de ses effets sur une recherche qui ne révèle pas son objet. Les sociologues qui ont reconnu que les procédures scientifiques se prêtent tout autant aux jeux du pouvoir que les règles, ont récemment fait la découverte phénoménale que le crime et les mesures correctionnelles sont des questions politiques, ou se sont mis à démolir ces idées ou encore, ont fait les deux, dans la mesure où les conditions d'emploi et les revenus le permettaient. Dire que les mesures correctionnelles sont politiques est un truisme - toute activité de l'État est politique.

La pernicieuse innocence de la foi en la neutralité de la loi et de la science n'a aucune chance de pouvoir survivre dans notre siècle. Mais critiquer le tout témoigne également d'une attitude idéaliste qui est fondée sur l'espoir que le bien sera le fruit de tout ce processus. C'est une erreur; ce processus est manifestement destiné à faire le mal. On le justifie, bien entendu, en déclarant qu'on fait ce mal aux malfaiteurs; mais il n'y a qu'en mathématiques que deux éléments négatifs en donnent un de positif. Les dissonnances cognitives et la confusion émotionnelle qui sont la récompense de ceux qui cherchent à trouver un caractère sacré aux sanctions seraient comiques si l'on pouvait oublier les souffrances et la désorientation des gardiens et des détenus.

Reconnaissons bien sûr tout de suite le fait que les systèmes s'expriment sous forme de structures et de règles. Il ne devrait pas y avoir de place à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le système. Après tout, nous voulons que nos machines fonctionnent exactement comme nous avons prévu qu'elles le fassent. Mais même les théoriciens savent que ceci ne vaut que pour les systèmes mécaniques fermés. Si ma montre s'arrête, c'est qu'elle est cassée. Mais si le temps s'arrête, ce n'est plus du tout la même chose. Les mesures correctionnelles, quel que soit le nom que vous leur donnez, ne peuvent être ni un système fermé - les gens sortent du pénitencier - ni mécanique, pour la simple raison qu'on a affaire à des êtres humains et que ceux-ci portent des jugements, notamment des jugements sur les règles, et dénaturent ainsi la normalisation s'ils ne font pas partie de la norme. Ce n'est pas en 1984 que nous pourrons changer tout cela, ou n'importe quand d'ailleurs.

Nous sommes fiers d'être gouvernés par les lois et non par les hommes. Pour éviter que cette devise, qui n'est pas sans signification, ne devienne insipide et insidieuse, il nous faut accepter le fait que ce sont les hommes qui non seulement font les lois mais les administrent. Si nous ne laissons aucune latitude à leur prudence, leur sagacité, leur circonspection, leur bons sens et si nous ne leur permettons pas d'évaluer la propriété de leur comportement, nous connaîtrons une tyrannie dominée par les règles au lieu des hommes.

Il y a un certain nombre d'années, M. Outerbridge s'est élevé contre la tyrannie du traitement. Ce n'était pas tant le traitement qu'il mettait en question que le mauvais usage des agents humains dans un but systémique. S'il a pris l'initiative de cette conférence, j'imagine qu'il visait une autre forme de tyrannie qui est plus répandue que ne l'étaient autrefois les discussions sur la réhabilitation.

J'estime donc que la liberté de la personne signifie obligatoirement l'exercice maximum des pouvoirs discrétionnaires; et la liberté pour tous passe par un maximum de responsabilités pour les actes qui découlent des jugements personnels. Pour jouer le jeu du crime et des mesures correctionnelles, il nous faut des règles; mais nous savons, n'est-ce pas, que ces règles ne font pas le jeu.

POURQUOI LA QUESTION DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES EST-ELLE DÉBATTUE?

Stewart Asquith
Conférencier
Faculté d'administration sociale de l'université d'Edimbourg
Edimbourg, Écosse

Il est possible que le sentiment actuel d'inquiétude envers les pouvoirs discrétionnaires exercés par les administrateurs du système d'assistance sociale soit fondé non pas sur l'absence de règles proprement dites mais sur une mise en doute de la légitimité dont jouissaient nos principales institutions sociales et politiques. Si tel est le cas, la seule mise en oeuvre de garanties sur le plan de la procédure n'atténuera pas les problèmes liés aux pouvoirs discrétionnaires des organismes publics. Et, ce qui plus est, si ces pouvoirs discrétionnaires sont contrôlés par des mesures juridiques et organisationnelles, ce n'est qu'une question de temps avant qu'il y ait création d'une bureaucratie centralisée et d'une philosophie justicière.

Dans le cadre de cet exposé, j'aimerais expliquer pourquoi il y a lieu de croire que l'exercice des pouvoirs discrétionnaires constitue un problème, quels genres de problèmes pose l'exercice de ces pouvoirs et, ce qui est tout aussi important, à qui ces pouvoirs posent des problèmes. Mon exposé sera plutôt général et je tiens tout d'abord, aux fins de cette Conférence, à vous faire part de mes préoccupations face à la question des pouvoirs discrétionnaires ainsi que des considérations qui m'ont poussé à l'étudier conjointement

avec Michael Adler. Pour ce qui est du système de justice pénale de l'Écosse, j'aimerais faire quelques observations préliminaires: nous n'avons aucun service de probation, aucun service de libération conditionnelle et aucun service d'assistance postpénale. Le système de justice écossais pour les jeunes délinquants ne comprend aucun tribunal pour les jeunes, ne prévoit et n'autorise aucune représentation de ces jeunes par des avocats. En 1979, le tribunal des audiences pour enfants a pris 14 000 décisions à l'égard des enfants. De tous les cas où l'on a interjeté appel des décisions rendues, deux appelants seulement ont eu gain de cause. Tous les services de bien-être social et d'assistance sociale dans le domaine de la justice pénale sont offerts par un seul service d'assistance sociale, le Social Work Department. Cette situation occasionne des problèmes étant donné que ce service non seulement s'occupe des délinquants mais règle aussi toute la gamme des problèmes de bien-être social.

À mon avis, l'envergure des pouvoirs discrétionnaires exercés par les travailleurs sociaux en Écosse est l'une des causes du problème. Mes remarques sont fondées sur mon expérience en Grande-Bretagne, mais j'espère qu'elles sont de portée générale. Un thème est souvent revenu dans les récents débats sur les pouvoirs discrétionnaires, soit que la meilleure façon de mettre un frein aux vastes pouvoirs discrétionnaires dont jouissent les fonctionnaires ou de les limiter serait d'imposer des mesures juridiques strictes pour favoriser un plus grand droit de regard. Je soutiens qu'il est faux de présupposer que l'absence de règles est le seul problème que posent les pouvoirs discrétionnaires et je veux donner quatre arguments à l'appui de cette thèse. Premièrement, s'inquiéter de cette absence de règles c'est faire preuve d'un certain manque de perspicacité car les problèmes causés par ces pouvoirs discrétionnaires proviennent de considérations sociales et politiques beaucoup plus vastes. Deuxièmement, il se peut que le sentiment d'inquiétude actuel envers les pouvoirs discrétionnaires n'ait pas seulement trait à l'abus de ces pouvoirs, mais qu'il traduise un sentiment plus général de scepticisme envers les principes idéologiques qui sous-tendent la prise de décisions. Troisièmement, cette préoccupation à l'égard des pouvoirs discrétionnaires manifeste une perte de confiance dans la légitimité de certaines de nos principales institutions sociales et politiques. Donc, quatrièmement, l'examen des raisons pour lesquelles ces pouvoirs discrétionnaires posent tout d'abord un problème nous amène directement, d'après moi, à nous interroger sur la distribution du pouvoir politique et sur la nature des relations sociales dans la société. En somme, cette préoccupation envers les pouvoirs discrétionnaires est causée par une mise en doute de la légitimité et une remise en question des institutions qui participent à la mise en oeuvre et à la formulation des politiques sociales et pénales.

Les remarques que je ferai dans le cadre de cette Conférence portent principalement sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par des professionnels. J'ai choisi de procéder ainsi pour deux raisons. En premier lieu, l'accroissement des pouvoirs discrétionnaires et l'amplification des problèmes causés par ces pouvoirs sont allés de pair avec la croissance d'organismes professionnels puissants. En second lieu, en ce qui a trait plus particulièrement au système de justice pénale, la participation de professionnels tels que les travailleurs sociaux, les psychiatres et les psychologues à la préparation des rapports, des évaluations et des mesures de traitement ont donné lieu à un sentiment de confusion et d'ambiguïté dans le processus officiel de contrôle social. Par conséquent, le problème posé par les pouvoirs discrétionnaires n'est pas dû uniquement à la prise des décisions discrétionnaires proprement dites mais aussi à l'exercice de ces pouvoirs dans un système où il n'existe fort probablement aucun accord général sur les objectifs du contrôle de la criminalité et sur les meilleurs moyens de les atteindre. Par exemple, le nombre des enfants aiguillés vers le système d'audiences pour les enfants en Écosse a, de fait, diminué tous les ans depuis 1975. D'une part, aux yeux des travailleurs sociaux, cela prouve que le système fonctionne, puisque un plus petit nombre d'enfants sont acheminés vers les mécanismes officiels de contrôle. D'autre part, les agents de police ont soutenu que, doutant du bien-fondé de la philosophie du bien-être social pour prendre des décisions envers les délinquants, ils exercent leurs pouvoirs discrétionnaires en décidant de ne pas aiguiller ces enfants vers le système d'audiences. Ces deux organismes, qui sont censés travailler au sein du même système, exercent leurs pouvoirs discrétionnaires de deux façons extrêmement différentes.

J'ai mentionné au début de mon exposé que je voulais établir des liens entre les pouvoirs discrétionnaires et le pouvoir. J'ai choisi de le faire pour un certain nombre de raisons. Tenter de contrôler les pouvoirs discrétionnaires en établissant des règles, bien que cette solution ne soit pas suffisante à mon avis, a un certain bon sens car la mise en oeuvre des garanties juridiques peut de fait protéger considérablement le client ou l'infracteur contre une intervention non désirée et injustifiée. La mise en oeuvre des garanties juridiques peut assurer des droits légaux et civils fondamentaux très importants. Cependant, je soutiens que le fait de limiter les pouvoirs discrétionnaires par l'entremise des textes de loi et des ordonnances juridiques risque de rehausser uniquement le droit de chacun à une application régulière de la procédure sans pour autant favoriser ni accroître les droits positifs de chacun. Autrement dit, si l'on accordait une meilleure protection au moyen d'une application régulière de la loi, grâce à la justice naturelle, cela pourrait seulement indiquer que l'on reconnaît le bien-fondé de certaines étapes et procédures dans le processus de prise de décisions, sans pour autant

que cela ne remette en question les théories et hypothèses sur lesquelles se fondent les professionnels du système de bien-être social.

Le pouvoir conféré aux professionnels dans le système de justice pénale a deux répercussions principales. En premier lieu, il y a de plus en plus de délégations de pouvoirs dans les textes de loi et cette délégation est souvent vague et porte parfois à confusion, tout particulièrement dans le domaine du bien-être social. C'est pourquoi le professionnel, le travailleur social par exemple, peut non seulement mettre en oeuvre des politiques pénales mais aussi les élaborer en exerçant ses pouvoirs discrétionnaires. Par conséquent, le professionnel du système de bien-être social est en mesure d'entraver la réalisation des objectifs officiels. En second lieu, il est possible que les divers organismes ne s'entendent pas sur la façon d'interpréter les textes de loi. Le danger dans tout cela c'est que, puisque aucun organisme ni aucune personne n'est pleinement responsable du système de justice pénale dans sa totalité, divers organismes peuvent exercer de diverses façons et à diverses étapes dans le système leurs pouvoirs discrétionnaires. Ce manque éventuel de coordination signifie que divers organismes - une fois de plus, j'aimerais donner comme exemple les agents de police et les travailleurs sociaux - risquent d'être les antagonistes dans une lutte organisationnelle pour les rênes du pouvoir. J'aimerais renchérir sur cette question en disant que la prise de décisions laissée à la discrétion des responsables a toujours été reconnue pour sa lenteur et son manque d'efficience sur le plan organisationnel. Je me préoccupe du fait que la mise de l'avant des garanties juridiques risque de servir davantage à augmenter l'efficience organisationnelle plutôt qu'à protéger les droits de chacun ou qu'à favoriser une plus grande équité.

À cette étape-ci de mon exposé, j'aimerais traiter de la question des pouvoirs discrétionnaires comme d'un problème de pouvoir, soit l'ascendant que les professionnels ont sur leurs clients, par exemple sur des infracteurs. Un des éléments essentiels du débat sur les pouvoirs discrétionnaires détenus par les professionnels est que le pouvoir de ces professionnels leur provient du monopole qu'ils exercent sur certains secteurs du savoir et de leur affiliation à des instituts professionnels. Il s'agit là de deux facteurs qui confèrent à ces professionnels un statut social et politique bien établi. En Grande-Bretagne, le gouvernement est le principal employeur de ces professionnels et il dispose ainsi d'un puissant mécanisme lui permettant de déterminer la nature des services de bien-être social et d'autres services sociaux. Il nous faut donc envisager la question des pouvoirs discrétionnaires non seulement du point de vue de la latitude des professionnels et de l'absence de droit de regard, mais aussi examiner cette question dans le contexte plus vaste de la légitimité dont jouissent les institutions sociales importantes, telles que le système de bien-être social ou celui de la justice pénale dans

son ensemble. J'estime pour ma part que les relations entre les professionnels et les clients, soit quiconque reçoit un service de bien-être social, sont des relations entre dirigeants et dirigés où les clients se trouvent dans une position de subordination et de dépendance. De plus, tout comme il a été mentionné récemment dans un certain nombre de commentaires, ce que l'on entend par réalité sociale et politique équivaut plus ou moins à la possession du savoir et du pouvoir. Et comme les professionnels et d'autres représentants du système de bien-être social sont les détenteurs de ce savoir et de ce pouvoir, ils peuvent, en exerçant leurs pouvoirs discrétionnaires, transmettre ou imposer des conceptions particulières de ce que constitue l'ordre social. Ils disposent d'un mécanisme très efficace et subtil de contrôle social.

Il est bien possible que l'assistance sociale, telle que traduite dans les systèmes de justice pénale et de bien-être social, bien qu'elle prétende apporter des solutions aux problèmes immédiats des particuliers, ne fasse que détourner notre attention des injustices sociales, politiques et économiques. C'est pourquoi j'ai soutenu qu'une plus grande égalité dans l'application de la loi pourrait être assurée si l'on revenait aux principes qui sont inhérents à la légalité sans pour autant remettre en question les inégalités fondamentales du système. En bref, le système d'assistance social est attrayant du point de vue idéologique mais il demeure foncièrement conservateur. Par conséquent, l'on peut voir, dans le sentiment actuel d'inquiétude face aux pouvoirs discrétionnaires, une tentative de remise en question de la légitimité des conceptions des professionnels du système de bien-être social, aboutissant à une mise en doute de la façon dont le pouvoir est distribué entre les membres de la société.

Il existe en Angleterre un important mouvement nommé "Return to Justice". À mon avis, les problèmes posés par les pouvoirs discrétionnaires ne sont toutefois pas dus à l'absence de règles ni réglés par un "retour à la justice". Il faut étudier la question des pouvoirs discrétionnaires dans un contexte organisationnel et social beaucoup plus vaste, étant donné que les problèmes causés, dit-on, par ces pouvoirs changent selon que l'on envisage la question du point de vue du client, du consommateur ou du décisionnaire. Et puisque la majorité des fonctionnaires exerçant ces pouvoirs discrétionnaires sont membres de puissantes professions, on peut voir, dans l'exercice de ces pouvoirs par des professionnels, une activité microsociologique pour ce qui est du genre de pouvoir effectivement exercé, et aussi une activité macrosociologique pour ce qui est du fondement social et politique du pouvoir détenu par ces professionnels.

Certains ont même avancé que les problèmes créés par ces pouvoirs traduisent une situation de crise dans le domaine juridique et dans les institutions

judiciaires et ne sont pas simplement dus à la difficulté de réduire l'ensemble des connaissances des professionnels à une série de règles. Les racines du problème sont beaucoup plus profondes; cette situation peut être attribuée à la nature proprement dite de la loi et au caractère irréconciliable de l'idéologie du système juridique et de celle du système de bien-être social. Il se peut fort bien notamment que la difficulté de contrôler les pouvoirs discrétionnaires soit une indication de l'envergure des conflits éventuels entre deux principes différents - la "loi gesellschaft" et la loi "bureaucratique-administrative".

Aux termes de la "loi gesellschaft", axée sur les formalités de la procédure, sur l'impartialité et sur le prononcé des jugements, tous sont titulaires de droits et de responsabilités et tous sont égaux aux yeux de la loi. On retrouve habituellement ce genre de système dans une société libérale composée de personnes individualistes. La loi "bureaucratique-administrative" est axée sur l'ordre public et voit, chez les individus, des mandataires et non pas des détenteurs de droits. Le principal objectif de cette dernière forme de loi est d'assurer la réglementation ou l'administration d'une activité et non de régler les conflits entre personnes juridiques. Etant donné que la loi "bureaucratique-administrative" est conçue pour favoriser l'intérêt public et le bien commun, on la retrouve habituellement dans les sociétés où l'État adopte des stratégies de réglementation et d'intervention.

Tout cela revient à dire que plus l'État contemporain est devenu interventionniste et régulateur, plus s'est accru le volume des lois "bureaucratiques-administratives". Cependant, la loi a toujours eu comme fonction, conformément au modèle gesellschaft, le règlement des différends. Il n'est pas facile de réconcilier ces deux formes de loi puisqu'elles reposent sur des doctrines nettement divergentes sur la nature des relations sociales et qu'elles fonctionnent en termes de principes contradictoires.

La prise de décisions discrétionnaires présuppose l'exercice d'un jugement fondé sur des connaissances dont le bien-fondé a été reconnu. Il est fort possible qu'il y ait lieu de voir maintenant, dans le problème posé par les pouvoirs discrétionnaires, une remise en question des institutions sociales de base, telles notre système de justice pénale et notre système judiciaire, et non simplement des préoccupations relatives au droit de regard et au contrôle.

En guise de conclusion, j'aimerais ajouter que j'ai deux motifs de me préoccuper de l'établissement de mesures de contrôle des pouvoirs discrétionnaires. En premier lieu, si ces pouvoirs sont contrôlés par des textes de loi, des ordonnances juridiques et des mesures organisationnelles, ce n'est

qu'une question de temps avant qu'il y ait mouvement vers une bureaucratie centralisée afin qu'un contrôle efficace soit assuré. En second lieu, il pourra en résulter un mouvement vers la droite dans la sphère de contrôle. Ce que je veux dire par tout cela, c'est que les principes de légalité qui régissent les pouvoirs discrétionnaires cadrent très bien avec une philosophie justicière. Le mouvement en Angleterre sur les droits des enfants est étroitement lié à un mouvement vers l'adoption de mesures punitives justicières. On voit, dans les principes de l'uniformité, de la proportionnalité, des peines à durée déterminée et de jalons dans le processus de prise de décisions, des mesures appropriées de vérification des cas éventuels d'abus et d'injustice susceptibles de résulter de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par des représentants du domaine d'application de la loi et d'autres domaines connexes. Cependant, ils servent également de fondement logique et pratique à la promotion d'une philosophie justicière. Je suis préoccupé par le fait que si l'on tentait de contrôler les pouvoirs discrétionnaires par l'entremise d'ordonnances juridiques et du principe de la légalité, ces procédures non seulement influeraient sur la forme de la prise des décisions mais présupposeraient aussi une modification fondamentale de la nature de tout le système de justice pénale.

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EST JUSTE ET HUMAIN S'IL EST DE NATURE PUBLIQUE

André Normandeau
Professeur
École de criminologie
Université de Montréal
Montréal, Québec

En soumettant, à une opinion publique éclairée et aux groupes de pressions spécialisés en matière correctionnelle, les décisions résultant de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, nous parviendrons à établir un équilibre entre l'exercice de pouvoirs discrétionnaires injustes et arbitraires et un système n'autorisant l'exercice d'aucun pouvoir discrétionnaire. On nous met au défi d'aboutir à un compromis entre, d'une part, les droits de l'individu et le principe de la légalité et, d'autre part, les pouvoirs discrétionnaires et le traitement de caractère individuel. Ce défi, si l'on fait preuve de bonne volonté, pourrait être, pour tous ceux qui oeuvrent dans le secteur correctionnel, une excellente source de motivation.

Il y aura toujours une tension entre le principe de la légalité et de l'équité par rapport au principe de l'individualisation de la peine et des pouvoirs discrétionnaires qui s'y rattachent. Et il est bon qu'il en soit ainsi. Seule une tension créatrice entre ces deux extrêmes peut empêcher l'arbitraire procustéen du droit et l'arbitraire également procustéen de l'individualisation trop personnalisée de la peine.

On se souviendra, surtout en criminologie, que Procuste ou Procruste était un brigand et un bandit de grand chemin de la mythologie grecque; il dépouillait les voyageurs, puis les faisait étendre sur un lit de fer et leur coupait les pieds lorsqu'ils dépassaient, ou leur faisait étirer les membres s'ils étaient trop courts. Thésée le soumit d'ailleurs à la même torture.

Il est difficile d'imaginer un système correctionnel ne comportant absolument aucune latitude décisionnelle pour ses responsables. Ce pouvoir discrétionnaire est inéluctable dans un système qui valorise non pas uniquement l'uniformité et la cohérence dans les décisions, mais également leur adaptation étroite aux circonstances de chaque cas particulier. S'il en était autrement, nous serions soumis à la tyrannie du droit. Le système pénal serait alors une machine kafkaienne absolument inhumaine. Toutefois, la tyrannie d'un pouvoir discrétionnaire trop grand, trop large, sans contrôles véritables légaux ou non-légaux, est tout aussi despotique et inacceptable sur le plan humain au moment où, enfin, les droits et libertés de la personne ont commencé à signifier quelque chose de "sérieux" qui a dépassé le niveau du symbolisme creux. Aussi, il ne faut absolument pas, à mon avis, continuer à mener le combat, comme le chevalier Bayard de nos contes d'enfants, à la recherche d'une valeur absolue, "pure et dure", que ce soit le principe de la légalité ou le principe de l'individualisation de la peine. Il n'y a pas d'absolu dans la vraie vie. Il n'y a que des accents, des tendances, des compromis à faire et à refaire. Aussi, au lieu de couler dans le ciment une prise de position claire et nette en faveur d'un ou de l'autre principe, il semble qu'un compromis honorable est envisageable à très court terme.

Certains organismes ou certaines personnes prestigieuses ont pris nettement position ces dernières années en faveur du principe de la règle du droit, que ce soit la Commission canadienne de réforme du droit (1976), le Sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada (1977) ou l'honorable Juge en chef de la Cour suprême du Canada, Bora Laskin (1978). Le Sous-comité affirmait que l'arbitraire, qu'on lie traditionnellement à la prison, doit être remplacé par des règlements explicites et des mesures disciplinaires équitables et que des motifs valables doivent être fournis pour toutes les décisions qui touchent les détenus. Le Juge Laskin, pour sa part, soulignait le pouvoir tyrannique exorbitant et sans précédent de la Commission nationale des libérations conditionnelles sur un détenu traité comme un vulgaire pantin au bout d'une ficelle. Les termes sont durs mais décrivent bien la réalité. Toutefois, certaines personnes ont utilisé ces témoignages pour réclamer un "échec et mat" total ou presque de la latitude décisionnelle. Je ne suis pas d'accord avec un virage de cap de 180 degrés aussi radical, car il remplacerait tout simplement l'impérialisme du pouvoir discrétionnaire actuel par l'impérialisme du pouvoir légal ou quasi-légal. Je n'aime pas personnellement les impérialismes, qu'ils soient de gauche ou de droite, qu'ils soient mal orientés ou bien intentionnés. Comme le dit le vieux dicton latin de notre enfance: "In medio stat virtus". La vertu est quelque part au milieu des extrêmes. Et, dans ma naïveté proverbiale, je crois encore à la vertu de la modération et de la tempérance au niveau idéologique tout autant que pratique.

Dans cette perspective, je vous propose d'emprunter le dur chemin du compromis (moins glorieux évidemment que le choix d'un principe absolu, je l'avoue, mais beaucoup plus humain à mon avis) entre: d'une part, l'indignation souvent justifiée face aux abus possibles et réels que peut entrainer et qu'entrainent souvent de facto l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires, injustes et arbitraires et, d'autre part, l'impossible, l'inutile et l'inhumaine mission d'inventer un système où tout serait réglé par la loi, où il n'y aurait aucune place pour le pouvoir discrétionnaire. Je pense que la solution médiane doit être recherchée au niveau d'une large ouverture des pouvoirs discrétionnaires à la loupe de l'opinion publique éclairée et de groupes de pression spécialisés dans le domaine correctionnel. Je pense, personnellement, que le principe suivant devrait être reconnu officiellement par les gouvernements et les administrateurs. Les motifs de toute décision dans le domaine correctionnel qui touchent les droits et les libertés des clients du système devraient être connus, justifiés et publics. Déjà le pouvoir discrétionnaire est en partie limité depuis quelques années par une multitude de législations, de réglementations et de directives. Une charte des droits des détenus, par exemple, vient d'être édictée il y a quelques semaines par le Solliciteur général du Canada. Je n'irais donc pas beaucoup plus loin dans le sens des contrôles légaux sous peine de scléroser le système pénal. En contrepartie, je décréterai que, "désormais", toute décision de cette nature soit ouverte à l'appréciation et à la critique du public et des groupes de pression. Les décisions, justifiées et écrites, seraient automatiquement, de par la loi et sans permission spéciale, comme un droit et non un privilège, mises sur la table de l'opinion publique.

Je souligne, également, qu'à mon humble avis, il n'y a pas ou n'y aura jamais de recette ou de potion magique pour éviter complètement l'arbitraire, que ce soit celui de la légalité ou celui des pouvoirs discrétionnaires. Il faut des normes, des paramètres, des balises, des règles du jeu connues et reconnues. Il faut un processus équitable. Ce processus, à mon avis, peut exister par le truchement d'un mécanisme de contrôle informel efficace où la légitimité est plus importante que la légalité. Il s'agit de la discussion publique, de l'évaluation publique, de la critique publique. Nous vivons dans un monde à dimension humaine, du moins nous l'espérons, et non pas dans une société de robots.

Dans cette perspective, le numéro de septembre '81 de la revue Criminologie-Québec, est précisément axé sur la libération conditionnelle au Québec. Nous y soulevons certaines interrogations critiques sur le contrôle, l'intervention, et la relation d'aide ainsi que sur le contrôle bureaucratique et la liberté. Nous réclamons ce droit du public, des goupes de pression et surtout

des premiers intéressés, les clients du système eux-mêmes, c'est-à-dire les délinquants, de recevoir toutes les explications nécessaires à la bonne compréhension du sens et de la portée des décisions de la Commission nationale des libérations conditionnelles. La conclusion de notre éditorial me semble également appropriée à la problématique qui a sous-tendu les travaux de notre colloque d'aujourd'hui sur les pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. Nous y soulignons que:

> "Le lecteur aura certainement l'occasion de méditer, en lisant ces pages, sur le destin des mesures de réformes. Une fois sorties de l'esprit généreux des innovateurs, celles-ci font l'objet de ce que le sociologue français Raymond Boudon a appelé les "effets pervers", les conséquences non-intentionnelles des mesures de politique sociale. Ces effets dénaturent bien souvent les objectifs visés; ils peuvent même retourner la mesure contre l'intention et le principe initial qui a présidé à leur conception. L'histoire de la réforme sociale est parsemée d'exemples de véritables "détournement d'objectifs". Considérons ce qui sépare la réforme scolaire, la réforme de la santé, la réforme de la sécurité sociale, dans leur réalité quotidienne, de l'intention du législateur, sans même parler de la pensée généreuse de ceux qui les ont conçues et proposées dans leurs essais scientifiques? C'est la nature même de la vie sociale, si complexe et si imprévisible dans ses changements, dans ses évolutions, justement à cause de cette interaction entre la nécessité qui s'insère dans le poids des structures collectives et la liberté qui s'enracine dans les consciences individuelles. Nous nous trouvons aussi dans un monde irrémédiablement moral ou les tensions et les conflits entre le bien et le mal, le licite et l'illicite, le vice et la vertu, sont réels, même si leurs contours apparaissent plus incertains à une époque de véritables mutations culturelles. N'est-ce pas une audace prométhéenne que d'espérer, par de simples mesures psycho-sociales, encadrer la volonté défaillante de l'homme et de la femme à la recherche de sa place dans un monde plein d'embûches, plein de contradictions et si peu juste finalement? C'est probablement cette condition propre à l'homme qui explique cette critique désillusion qui transparaît dans ces pages. Nos lecteurs seront assez sages pour en tirer, malgré tout, plus de raisons d'espoir que de désespoir. "

En guise de conclusion, je me permets de vous rappeler qu'il n'est pas facile, je le sais bien, de vivre avec de telles ambiguïtés, avec de tels compromis à bâtir et rebâtir constamment. Comme le dirait un homme de science célèbre, Hans Selye, c'est une source de stress pour nous tous qui travaillons

dans le secteur correctionnel. Mais le même Selye dit aussi dans un de ses livres que "le travail est une obligation et un devoir, et, si on le fait de bon coeur, un plaisir", et que le stress ne tue pas s'il est assumé. En fait, il a créé l'expression "eu-stress" qui signifie: un stress positif. Je vous propose donc un eu-stress criminologique dans ce défi de trouver et de vivre un compromis entre la protection des droits et le principe de légalité, d'une part, et le pouvoir discrétionnaire et le principe de l'individualisation pénale, d'autre part.

Le vice-président de l'Université du Québec, Germain Gauthier, disait récemment que les années 80 doivent nous fournir des solutions nouvelles et radicales. Il faut développer notre curiosité, notre imagination, notre créativité et même notre insécurité. Il prône la contestation permanente et l'angoisse perpétuelle, source de la créativité (Forum, Université de Montréal, 15 mars 1981). Et l'écologiste québécois bien connu Pierre Dansereau (1981) d'ajouter un grain de sel qui éclaire le sens du défi que je nous propose de relever en affirmant que: "l'art de vivre consiste à équilibrer ses contradictions, non à les résoudre". Nous devons donc essayer à partir de nos travaux d'aujourd'hui d'équilibrer les contradictions qui ont été soulevées au sujet des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel.

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EST JUSTE ET HUMAIN S'IL EST DE NATURE PUBLIQUE

André Normandeau
Professeur
École de criminologie
Université de Montréal
Montréal, Québec

En soumettant, à une opinion publique éclairée et aux groupes de pressions spécialisés en matière correctionnelle, les décisions résultant de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, nous parviendrons à établir un équilibre entre l'exercice de pouvoirs discrétionnaires injustes et arbitraires et un système n'autorisant l'exercice d'aucun pouvoir discrétionnaire. On nous met au défi d'aboutir à un compromis entre, d'une part, les droits de l'individu et le principe de la légalité et, d'autre part, les pouvoirs discrétionnaires et le traitement de caractère individuel. Le défi, si l'on fait preuve de bonne volonté, pourrait être, pour tous ceux qui oeuvrent dans le secteur correctionnel, une excellente source de motivation.

Il y aura toujours une tension entre le principe de la légalité et de l'équité par rapport au principe de l'individualisation de la peine et des pouvoirs discrétionnaires qui s'y rattachent. Et il est bon qu'il en soit ainsi. Seule une tension créatrice entre ces deux extrêmes peut empêcher l'arbitraire procustéen du droit et l'arbitraire également procustéen de l'individualisation trop personnalisée de la peine.

On se souviendra, surtout en criminologie, que Procuste ou Procruste était un brigand et un bandit de grand chemin de la mythologie grecque; il dépouillait les voyageurs, puis les faisait étendre sur un lit de fer et leur coupait les pieds lorsqu'ils dépassaient, ou leur faisait étirer les membres s'ils étaient trop courts. Thésée le soumit d'ailleurs à la même torture.

Il est difficile d'imaginer un système correctionnel ne comportant absolument aucune latitude décisionnelle pour ses responsables. Ce pouvoir discrétionnaire est inéluctable dans un système qui valorise non pas uniquement l'uniformite et la coherence dans les decisions, mais également leur adaptation etroite aux circonstances de chaque cas particulier. S'il en etait autrement, nous serions soumis a la tyrannie du droit. Le système penal serait alors une machine kafkaienne absolument inhumaine. Toutefois, la tyrannie d'un pouvoir discrétionnaire trop grand, trop large, sans contrôles véritables légaux ou non-légaux, est tout aussi despotique et inacceptable sur le plan humain au moment ou, enfin, les droits et libertes de la personne ont commence a signifier quelque chose de "sérieux" qui a dépassé le niveau du symbolisme creux. Aussi, il ne faut absolument pas, à mon avis, continuer à mener le combat, comme le chevalier Bayard de nos contes d'enfants, à la recherche d'une valeur absolue, "pure et dure", que ce soit le principe de la légalité ou le principe de l'individualisation de la peine. Il n'y a pas d'absolu dans la vraie vie. Il n'y a que des accents, des tendances, des compromis a faire et à refaire. Aussi, au lieu de couler dans le ciment une prise de position claire et nette en faveur d'un ou de l'autre principe, il semble qu'un compromis honorable est envisageable à très court terme.

Certains organismes ou certaines personnes prestigieuses ont pris nettement position ces dernieres années en faveur du principe de la regle du droit, que ce soit la Commission canadienne de réforme du droit (1976), le Sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada (1977) ou l'honorable Juge en chef de la Cour suprême du Canada, Bora Laskin (1978). Le Sous-comité affirmait que l'arbitraire, qu'on lie traditionnellement à la prison, doit etre remplace par des reglements explicites et des mesures disciplinaires equitables et que des motifs valables doivent etre fournis pour toutes les décisions qui touchent les détenus. Le Juge Laskin, pour sa part, soulignait le pouvoir tyrannique exorbitant et sans précédent de la Commission nationale des libérations conditionnelles sur un détenu traité comme un vulgaire pantin au bout d'une ficelle. Les termes sont durs mais décrivent bien la realité. Toutefois, certaines personnes ont utilisé ces témoignages pour réclamer un "échec et mat" total ou presque de la latitude décisionnelle. Je ne suis pas d'accord avec un virage de cap de 180 degrés aussi radical, car il remplacerait tout simplement l'impérialisme du pouvoir discrétionnaire actuel par l'impérialisme du pouvoir légal ou quasi-légal. Je n'aime pas personnellement les impérialismes, qu'ils soient de gauche ou de droite, qu'ils soient mal orientés ou bien intentionnés. Comme le dit le vieux dicton latin de notre enfance: "In medio stat virtus". La vertu est quelque part au milieu des extrêmes. Et, dans ma naïveté proverbiale, je crois encore à la vertu de la moderation et de la temperance au niveau ideologique tout autant que pratique.

Dans cette perspective, je vous propose d'emprunter le dur chemin du compromis (moins glorieux évidemment que le choix d'un principe absolu, je l'avoue, mais beaucoup plus humain à mon avis) entre: d'une part, l'indignation souvent justifiee face aux abus possibles et réels que peut entrainer et qu'entrainent souvent de facto l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires, injustes et arbitraires et, d'autre part, l'impossible, l'inutile et l'inhumaine mission d'inventer un système où tout serait réglé par la loi, où il n'y aurait aucune place pour le pouvoir discrétionnaire. Je pense que la solution médiane doit être recherchée au niveau d'une large ouverture des pouvoirs discrétionnaires à la loupe de l'opinion publique éclairée et de groupes de pression specialises dans le domaine correctionnel. Je pense, personnellement, que le principe suivant devrait être reconnu officiellement par les gouvernements et les administrateurs. Les motifs de toute décision dans le domaine correctionnel qui touchent les droits et les libertés des clients du système devraient etre connus, justifies et publics. Déjà le pouvoir discretionnaire est en partie limite depuis quelques annees par une multitude de legislations, de réglementations et de directives. Une charte des droits des détenus, par exemple, vient d'être édictée il y a quelques semaines par le Solliciteur général du Canada. Je n'irais donc pas beaucoup plus loin dans le sens des controles légaux sous peine de scléroser le système pénal. En contrepartie, je decreterai que, "désormais", toute decision de cette nature soit ouverte à l'appréciation et à la critique du public et des groupes de pression. Les décisions, justifiées et écrites, seraient automatiquement, de par la loi et sans permission spéciale, comme un droit et non un privilège, mises sur la table de l'opinion publique.

Je souligne, également, qu'à mon humble avis, il n'y a pas ou n'y aura jamais de recette ou de potion magique pour éviter complètement l'arbitraire, que ce soit celui de la légalité ou celui des pouvoirs discrétionnaires. Il faut des normes, des paramètres, des balises, des règles du jeu connues et reconnues. Il faut un processus équitable. Ce processus, à mon avis, peut exister par le truchement d'un mecanisme de controle informel efficace où la légitimité est plus importante que la légalité. Il s'agit de la discussion publique, de l'évaluation publique, de la critique publique. Nous vivons dans un monde à dimension humaine, du moins nous l'espérons, et non pas dans une société de robots.

Dans cette perspective, le numéro de septembre '81 de la revue Criminologie-Quebec, est précisément axé sur la liberation conditionnelle au Québec. Nous y soulevons certaines interrogations critiques sur le controle, l'intervention, et la relation d'aide ainsi que sur le contrôle bureaucratique et la liberté. Nous réclamons ce droit du public, des goupes de pression et surtout

des premiers intéressés, les clients du système eux-mêmes, c'est-à-dire les délinquants, de recevoir toutes les explications nécessaires à la bonne compréhension du sens et de la portée des décisions de la Commission nationale des libérations conditionnelles. La conclusion de notre éditorial me semble également appropriée à la problématique qui a sous-tendu les travaux de notre colloque d'aujourd'hui sur les pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel. Nous y soulignons que:

> "Le lecteur aura certainement l'occasion de méditer, en lisant ces pages, sur le destin des mesures de réformes. Une fois sorties de l'esprit généreux des innovateurs, celles-ci font l'objet de ce que le sociologue français Raymond Boudon a appelé les "effets pervers", les conséquences non-intentionnelles des mesures de politique sociale. Les effets dénaturent bien souvent les objectifs visés; ils peuvent même retourner la mesure contre l'intention et le principe initial qui a présidé à leur conception. L'histoire de la réforme sociale est parsemée d'exemples de véritables "détournement d'objectifs". Considérons ce qui sépare la réforme scolaire, la réforme de la santé, la réforme de la sécurité sociale, dans leur réalité quotidienne, de l'intention du législateur, sans même parler de la pensée généreuse de ceux qui les ont conçues et proposées dans leurs essais scientifiques? C'est la nature même de la vie sociale, si complexe et si imprévisible dans ses changements, dans ses évolutions, justement à cause de cette interaction entre la nécessité qui s'insère dans le poids des structures collectives et la liberté qui s'enracine dans les consciences individuelles. Nous nous trouvons aussi dans un monde irrémédiablement moral où les tensions et les conflits entre le bien et le mal, le licite et l'illicite, le vice et la vertu, sont réels, même si leurs contours apparaissent plus incertains à une époque de véritables mutations culturelles. N'est-ce pas une audace prométhéenne que d'espérer, par de simples mesures psycho-sociales, encadrer la volonté défaillante de l'homme et de la femme à la recherche de sa place dans un monde plein d'embûches, plein de contradictions et si peu juste finalement? C'est probablement cette condition propre à l'homme qui explique cette critique désillusion qui transparaît dans ces pages. Nos lecteurs seront assez sages pour en tirer, malgré tout, plus de raisons d'espoir que de désespoir. "

En guise de conclusion, je me permets de vous rappeler qu'il n'est pas facile, je le sais bien, de vivre avec de telles ambiguïtés, avec de tels compromis à bâtir et rebâtir constamment. Comme le dirait un homme de science célèbre, Hans Selye, c'est une source de stress pour nous tous qui travaillons

dans le secteur correctionnel. Mais le même Selye dit aussi dans un de ses livres que "le travail est une obligation et un devoir, et, si on le fait de bon coeur, un plaisir", et que le stress ne tue pas s'il est assumé. En fait, il a créé l'expression "eu-stress" qui signifie: un stress positif. Je vous propose donc un eu-stress criminologique dans ce défi de trouver et de vivre un compromis entre la protection des droits et le principe de légalité, d'une part, et le pouvoir discrétionnaire et le principe de l'individualisation penale, d'autre part.

Le vice-président de l'Université du Québec, Germain Gauthier, disait récemment que les années 80 doivent nous fournir des solutions nouvelles et radicales. Il faut développer notre curiosité, notre imagination, notre créativité et même notre insécurité. Il prône la contestation permanente et l'angoisse perpétuelle, source de la créativité (Forum, Université de Montréal, 15 mars 1981). Et l'écologiste québécois bien connu Pierre Dansereau (1981) d'ajouter un grain de sel qui éclaire le sens du défi que je nous propose de relever en affirmant que: "l'art de vivre consiste à équilibrer ses contradictions, non à les résoudre". Nous devons donc essayer à partir de nos travaux d'aujourd'hui d'équilibrer les contradictions qui ont été soulevées au sujet des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel.

MÉTACONTROVERSE: IDÉES DIVERGENTES SUR LA CONTROVERSE ENTOURANT LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS

Michael J. Prince
Professeur adjoint
École d'administration publique
Université Carleton
Ottawa, Ontario

À première vue, la controverse qui entoure actuellement, au gouvernement, l'autorité déléguée et les pouvoirs discrétionnaires semble se limiter aux aspects de la loi, de l'organisation et de la procédure. Mais à y regarder de plus près, il appert que la controverse marquant l'autorité déléguée et les pouvoirs discrétionnaires s'inscrit dans une controverse beaucoup plus vaste - une métacontroverse - sur les questions fondamentales de la nature humaine en général et celle des administrateurs publics en particulier. Les points de vue concernant le nombre et le genre de contrôle nécessaire sont fortement influencés par les conceptions de la nature humaine. Dès lors, pour bien comprendre les diverses manières d'aborder la délégation de pouvoirs, il importe de commencer par une analyse des conceptions divergentes du principe discrétionnaire, de la nature humaine et du contrôle.

À la source du débat sur la délégation des pouvoirs publics se situe une métacontroverse. La métacontroverse a trait aux fondements conceptuels fondamentaux d'une controverse. Elle porte sur la philosophie des questions publiques et se rattache à la culture administrative dans les bureaucraties publiques.

La métacontroverse de la délégation de pouvoirs est la controverse sur notre façon de voir et de comprendre le principe discrétionnaire dans le système gouvernemental. Il y a désaccord et polémique au sujet de la nature fondamentale et du caractère du phénomène de la délégation et du principe discrétionnaire. Il y a débat sur les faits et les valeurs entourant le pouvoir discrétionnaire. Il y a conflit sur les hypothèses qui sous-tendent notre vision de la délégation. Ainsi, la proposition centrale de ce document veut que la controverse au sujet de la délégation de pouvoir revête en bonne partie un caractère conceptuel et ne se situe pas au niveau de la loi, de l'organisation ou de la procédure. Cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas de problèmes dans ces autres secteurs; il s'agit plutôt de mettre en évidence un aspect plus fondamental et souvent négligé de la controverse, à savoir les images conceptuelles qui façonnent la compréhension du pouvoir discrétionnaire. Les concepts de la délégation et du pouvoir discrétionnaire sont chargés de jugements de valeur et font l'objet d'interprétations différentes.

Mon but est de soulever la question de la nature politique des principes conceptuels qui président aux discussions habituelles et de faire ressortir les éléments litigeux qui se posent au moment de définir la controverse. Si le terme métacontroverse est assez vaste pour contenir un débat sur ce qu'est la controverse, c'est que les points de divergence correspondent, en bonne partie, à des valeurs sur lesquelles les gens ne s'entendent pas et qu'il n'est pas possible de vérifier empiriquement. La métacontroverse semble donc inévitable. C'est aussi un processus continu, car le phénomène à l'étude n'est pas statique. Comme le professeur J.A. Corry l'a fait remarquer, "la révolution sociale n'est pas encore terminée".[1] L'univers de l'administration publique et du pouvoir discrétionnaire n'est pas entièrement connu.

Le point de départ de la métacontroverse est l'absence de problème donné. Définir le problème de la délégation de pouvoirs comporte des risques énormes de véritable désaccord. Voici la question qui se pose: En quoi consiste la controverse entourant le pouvoir discrétionnaire? Est-ce la question de l'ampleur que prend la délégation en général? De la perte du contrôle réel exercé par le Parlement? De l'existence d'une administration discrétionnaire sans entrave? Ou est-ce peut-être l'exercice de l'autorité

---

[1] Tiré et traduit de J.A. Corry, "The Administrative Process and the Rule of Law" dans W.D.K. Kernaghan (ed.), Bureaucracy in Canadian Government, deuxième édition, (Toronto; Methuen, 1973), pp. 124-29 à la p. 124.

déléguée au sein des organismes d'application de la loi? Le manque d'informations et d'accès pour le public à l'égard des processus de délégation? Ou les risques d'abus des pouvoirs discrétionnaires?

Il est aussi permis de se demander quelle est la valeur fondamentale qui est en jeu dans la délégation de pouvoirs? Est-ce une question de légalité, de responsabilité administrative, de souplesse d'orientation, d'adaptation, d'équité, d'efficience, d'efficacité, de suprématie du Parlement, de droit de regard ou de liberté individuelle? Est-ce une question de justice sur le plan de la procédure ("due process") ou de justice positive ("due outcome")? En somme, quelles valeurs sociales et politiques faut-il prôner et défendre?[2]

Pour comprendre la difficulté de définir et d'aborder la controverse, il importe de dégager les dilemmes du pouvoir discrétionnaire. Bien souvent, la délégation de pouvoirs vise à promouvoir en même temps plusieurs valeurs qui sont, dans une certaine mesure, difficilement conciliables. Ainsi, l'exercice du pouvoir discrétionnaire vise à mettre à profit prévisibilité et flexibilité dans le cadre de la prise de décision et, en même temps, à réussir à obtenir l'égalité et l'équité. L'exercice réel du pouvoir délégué n'est donc peut-être pas tant une question d'objectifs à atteindre que de valeurs à équilibrer.

Est-il possible que le problème de la délégation de pouvoirs englobe tant de choses? N'y a-t-il pas un seul problème fondamental ou y a-t-il un ensemble de controverses? S'il existe bel et bien une métacontroverse au sujet de la délégation, c'est qu'il existe différentes façons de définir le problème et de discuter du pouvoir discrétionnaire, des contrôles et de la nature humaine.

À cette cause de la métacontroverse s'ajoute aussi le facteur qu'est l'orientation des disciplines universitaires empruntée pour l'étude de l'organisation et de la délégation de pouvoirs dans le secteur public. Si les disciplines du droit, de la science politique, des sciences économiques, de l'administration publique et de la sociologie s'apparentent jusqu'à un certain point dans l'étude de l'administration et de la réglementation, il existe des "différences importantes dans l'accentuation et le degré

---

2 Au sujet des valeurs en lice en droit administratif, voir John Willis, "The McRuer Report: lawyers' values and civil servants' values", University of Toronto Law Journal, 18, 1968, pp. 351-60.

d'analyse".[3] Chaque orientation ou discipline intellectuelle nourrit des préjugés ou des préférences à l'égard de certains points ou de certaines variables à l'exclusion des autres. Par ailleurs, la structure et l'application des pouvoirs délégués sont généralement examinées sous un angle unidisciplinaire plutôt que multidisciplinaire. Les ouvrages universitaires mettent l'accent sur l'analyse et ne prêtent que peu d'attention à la synthèse des problèmes, des concepts et des explications.

Notre conception du principe discrétionnaire constitue un autre facteur qui entre en ligne de compte au moment de circonscrire la controverse de la délégation de pouvoirs. Il est vraisemblable qu'il existe différentes opinions sur l'étendue, la nature et l'importance de la délégation dans le système gouvernemental canadien. Y a-t-il trop de délégation de pouvoirs? De là, la question suivante: le pouvoir de faire quoi et délégué à qui? Est-ce que les hauts fonctionnaires ont suffisamment de pouvoirs pour exercer les responsabilités de gestion? Certains commentateurs estiment que non. Y a-t-il un cheminement inévitable? Le nombre des pouvoirs discrétionnaires dans la prise et l'application des décisions dans les administrations publiques doit-il faire l'objet de louanges ou bien de critiques?

Le principe discrétionnaire est connu principalement en termes juridiques et institutionnels par rapport à la loi et dans les secteurs législatif, exécutif et judiciaire. Notre réflexion sur la délégation de pouvoirs ne s'arrête que très peu aux aspects du comportement et aux répercussions que le pouvoir discrétionnaire peut avoir sur les relations entre fonctionnaires et membres du public. Le principe discrétionnaire peut être vu sous plusieurs angles. Par exemple, on peut y voir du despotisme ou une simple interprétation ou innovation. Autrement dit, le principe discrétionnaire est-il intrinsèquement bon ou mauvais ou neutre ou est-ce un couteau à deux tranchants? Le pouvoir discrétionnaire est souvent considéré comme un pouvoir public qui menace les droits privés. On y voit fréquemment un mal nécessaire au sein des administrations actuelles. De plus, le pouvoir discrétionnaire a toujours été vu par certains comme le pouvoir de prendre des décisions en l'absence de lois et sans se référer à des règles et des principes de loi.

---

3 Tiré et traduit de G. Bruce Doern, Ian A. Hunter, Donald Swartz et V. Seymour Wilson, "The Structure and Behaviour of Canadian Regulatory Boards and Commissions: multidisciplinary perspectives", Canadian Public Administration, 18, 1975, pp. 189-215 à la p. 210.

En revanche, le principe discrétionnaire fait aussi image de bien nécessaire et d'outil de création lorsqu'il s'agit d'ordre public et d'administration publique. La délégation suppose l'attribution d'une certaine forme d'activité, d'autorité et de responsabilité mais, dans un autre sens, elle suppose la décentralisation des fonctions, des pouvoirs et des obligations. À cet égard, la délégation va dans le sens de la démocratisation interne de l'administration publique. Mais en quoi consiste réellement la controverse de la délégation? Se situe-t-elle au niveau du genre d'activité qui fait l'objet des pouvoirs discrétionnaires? Du degré d'autorité proprement dite qui est délégué? De l'absence de droit de regard du gouvernement? Une augmentation de la délégation de pouvoirs signifie-t-elle nécessairement une diminution du droit de regard du Parlement? Pour étudier à fond si la délégation de pouvoirs est allée trop loin au Canada, il importe d'examiner les dimensions connexes de l'activité et du droit de regard.

Il est généralement admis que la délégation et le pouvoir discrétionnaire sont inévitables dans l'état administratif. Le véritable problème, aux dires de beaucoup, est de mettre au point des mécanismes de contrôle capables d'amener les détenteurs de pouvoirs discrétionnaires à en rendre compte et à les exercer avec discernement. Dans ce contexte, la controverse porte sur le choix du moyen de contrôle ou de la combinaison de moyens de contrôle pour réglementer les pouvoirs délégués. Faudra-t-il augmenter les mécanismes de contrôle judiciaires des pouvoirs déléqués? Doit-on rendre le contrôle législatif plus direct et plus détaillé au moyen des débats et des comités parlementaires? Que penser des protecteurs du citoyen au Parlement?

Du côté exécutif et à des fins de vérification, quels contrôles hiérarchiques et quelles structures de surveillance devrait-on établir? En fait, un bon nombre des débats au cours de cette Conférence ont pour objet d'explorer explicitement ces questions. À force de parler de contrôle, on en est venu à penser, en théorie et en pratique administratives, qu'il est possible de contrôler les pouvoirs discrétionnaires. Mais y a-t-il des cas où ils ne sont pas contrôlables? Ces questions méritent qu'on s'y arrête.

L'optique conventionnelle voit les pouvoirs discrétionnaires comme le propre des administrateurs. Pourtant, il y en a aussi qui sont placés entre les mains des hommes politiques, des magistrats, des professionnels, des organismes privés et des individus. Les noyaux organisationnels détenant des pouvoirs discrétionnaires publics comprennent l'arène législative, l'arène exécutive ou le cabinet, la magistrature, les ministères gouvernementaux, les organismes de réglementation autonomes, les sociétés d'État, les entreprises publiques et les professions autonomes. Les noyaux organisationnels détenant des pouvoirs discrétionnaires privés comprennent les organisations avec et

sans but lucratif et les familles. Il importe donc de reconnaître que le principe discrétionnaire n'est pas confiné aux fonctionnaires des ministères gouvernementaux et des organismes de réglementation.

En outre, il faut considérer attentivement, dans la controverse de la délégation de pouvoirs, la notion du pouvoir discrétionnaire privé des citoyens. Le pouvoir discrétionnaire privé peut servir à prendre des décisions à l'égard des services gouvernementaux conjointement avec le pouvoir discrétionnaire public. Il joue au moins trois rôles dans le processus administratif. Le citoyen peut décider d'appeler la police, de se rendre à l'urgence à l'hôpital ou de faire une demande de prestations d'assurance-chômage. Deuxièmement, le détenteur du pouvoir discrétionnaire privé peut faire poursuivre le processus et exiger une nouvelle intervention publique. Le citoyen peut engager des poursuites ou faire en sorte qu'une décision administrative soit vérifiée ou supervisée, révisée ou portée en appel. Troisièmement, le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire privé peut mettre fin à un processus administratif ou judiciaire. Le citoyen peut retirer une plainte ou une demande ou peut accepter la décision d'un organisme ou de son représentant. En discutant du contrôle des pouvoirs délégués, il est important d'examiner la multitude des noyaux organisationnels détenant des pouvoirs discrétionnaires publics et l'interrelation entre les pouvoirs discrétionnaires privé et public.

Tant la théorie que la pratique ont souligné l'importance des mécanismes de contrôle externes et officiels. La sagesse conventionnelle préconise la nécessité, l'utilité et la diversification des moyens de contrôle. Tous ces efforts ont tenté de confiner, de mettre en échec et de restreindre le pouvoir discrétionnaire au lieu d'encourager, de faciliter et de récompenser la délégation. Quel est le lien, par exemple, entre le pouvoir discrétionnaire et la satisfaction au travail, entre le pouvoir discrétionnaire et l'efficacité, entre le pouvoir discrétionnaire et le stress au travail ou entre le pouvoir discrétionnaire et l'innovation? Le lien entre le pouvoir discrétionnaire et le comportement organisationnel mérite beaucoup plus d'attention.

Derrière cette controverse autour des mécanismes de contrôle, se trouve une métacontroverse autour des notions de la nature humaine en général et de celles des administrateurs publics en particulier. Les doctrines sur le nombre et le genre de contrôles qui sont nécessaires sont fortement influencées par diverses conceptions de la nature humaine. Les gens sont-ils généralement créateurs ou innovateurs? Sont-ils bien motivés ou faciles à motiver? Le pessimisme est un thème dominant à l'intérieur du débat sur la délégation. Il y a, dans les ouvrages sur l'administration, un manque de

confiance à l'endroit des fonctionnaires. Aux yeux de beaucoup de gens, il ne faut pas faire confiance aux politiciens et aux bureaucrates qui, dit-on, sont irresponsables et facilement corruptibles. "Sans les vérifications prévues par la loi ou les processus de socialisation professionnelle, le comportement des administrateurs serait égoïste et capricieux."[4] D'autres sont plus enclins à faire confiance aux fonctionnaires dotés de pouvoirs discrétionnaires. Dans ce cas, la conception de la nature humaine est que les administrateurs publics sont fondamentalement bons, dignes de confiance et responsables. Ainsi, certains observateurs affirment que l'exécution responsable des fonctions administratives ou quasi judiciaires n'est pas tant coercitive qu'incitative. Dès lors, une attitude responsable est en grande partie l'aboutissement de relations marquées au coin de la délégation, d'une part, de l'intégrité et de la compétence professionnelle, d'autre part, et enfin de la maîtrise de soi.

En conclusion, une partie de la politique de délégation de pouvoirs tente de dégager la nature exacte de la controverse et de rallier les suffrages à ce sujet. Cette réalité des questions d'administration et d'ordre publics constitue la métacontroverse. Il importe de connaître les différentes optiques pour comprendre le problème de la délégation. Il est impossible d'y arriver par une analyse des différentes conceptions du pouvoir discrétionnaire, de la nature humaine et du contrôle. Il est à espérer que cet exposé aura permis de mieux cerner les aspects philosophique et politique de la délégation de pouvoirs.

---

4 Micheal M. Harmon, "Normative Theory and Public Administration: Some Suggestions for a Redefinition of Administrative Responsibility", dans Frank Marini (ed.), Toward a New Public Administration, (New York: Chandler), 1971, pp. 172-85 à la p. 173.

LA CONTROVERSE SUR LA DÉLÉGATION DE POUVOIR

Alan Leadbeater
Adjoint au vice-président
Conseil de la radiodiffusion et
des télécommunications canadiennes
Ottawa, Ontario

Il y a une question fondamentale au coeur de la controverse sur la délégation de pouvoir: celle de savoir comment améliorer la qualité et l'acceptabilité des décisions prises par les organismes fédéraux. Le recours accru aux révisions judiciaires peut s'avérer un obstacle à la solution du problème. Ce n'est probablement pas en optant pour une démarche accusatoire ni en insistant sur la procédure qu'on améliorera la qualité et l'acceptabilité des décisions administratives. Une révision indépendante de la politique globale - éventuellement par un Conseil sur l'administration publique - serait peut-être un moyen plus efficace d'en arriver à des décisions mieux pesées et plus acceptables que la révision judiciaire de cas isolés.

Je crois qu'en remplaçant l'expression "pouvoir discrétionnaire" par les mots "prise de décision", nous pouvons mieux comprendre l'essence du problème qui nous occupe actuellement. Prendre les bonnes décisions: voilà un objectif qui nous désempare en tant qu'individus et qui désempare de la même façon les hauts fonctionnaires de l'État. Nous pouvons nous préparer à soulever plus de questions qu'il n'y a de réponses: c'est du moins la principale caractéristique qui semble se dégager du vécu dans ce domaine.

D'après mon expérience, le principal obstacle à l'amélioration de la qualité et de l'acceptabilité des décisions prises par les organismes fédéraux réside dans la révision judiciaire qu'il est maintenant possible de faire des décisions administratives. Cette possibilité a, selon moi, amené les administrateurs à céder aux pressions de leurs conseillers juridiques et à se concentrer sur le processus décisionnel plutôt qu'à chercher à prendre des décisions éclairées. De plus, les administrateurs en sont venus à modeler ce processus sur des processus incompatibles qu'on trouve habituellement dans les arrêts judiciaires. Ces processus nuisent souvent à la prise de bonnes décisions, voire même à la prise de décisions impartiales. J'appelle ce phénomène des officines gouvernementales la "juridite". La méthode accusatoire est aux décisions de l'État ce que la logique est aux décisions de l'individu, c'est-à-dire un processus sous-tendant avec une égale vigueur les mauvaises décisions comme les bonnes.

Or, permettez-moi de changer de thème pour un moment et de revenir à la question de savoir pourquoi, au Canada, on a délégué les pouvoirs décisionnels à des organismes indépendants. Pourquoi n'a-t-on pas confié les décisions à prendre au Parlement et aux ministères touchés et réservé le pouvoir de régler les différends aux tribunaux ordinaires?

Il nous est peut-être permis de généraliser et d'affirmer que des organismes se sont vu déléguer des pouvoirs décisionnels lorsqu'il était difficile pour le Parlement, les ministères ou les tribunaux d'entreprendre une tâche en raison du trop grand nombre de causes ou des compétences spéciales requises, ou lorsque le Parlement était seulement en mesure d'énoncer les normes, politiques ou buts généraux devant régir les décisions, et préférait que ces dernières s'élaborent sans l'intervention du gouvernement en place.

Lorsque des organismes sont investis d'une fonction quasi législative, leurs pouvoirs discrétionnaires sont considérables. Ces organismes sont donc tenus, dans notre tradition démocratique, de prendre non seulement des décisions de qualité supérieure mais encore des décisions acceptables. Il convient ici de définir ce que sont la "qualité supérieure" et "l'acceptabilité", car on est plutôt habitué à entendre parler d'impartialité ou d'imputabilité, termes qui sont au coeur de la controverse sur la délégation de pouvoir.

À mon avis, la qualité et l'acceptabilité sont les normes qui devraient régir l'évaluation des décisions actuelles de l'État, et c'est en ces termes qu'il faudrait repenser la controverse entourant la délégation de pouvoir. Pour qu'une décision soit de qualité, son auteur doit être capable de différer son jugement ou sa décision jusqu'à ce qu'il ait bien exploré les preuves, les

opinions, les arguments et les valeurs (recherche sérieuse, sélection minutieuse, attention); il doit pouvoir, grâce à son expérience ou aux moyens à sa disposition, soupeser convenablement les éléments en cause (bonne évaluation); il doit enfin comprendre à fond le contexte décisionnel qui délimite et façonne les possibilités de décisions, et faire preuve d'imagination lorsqu'il passe en revue les différentes décisions possibles (bonne contextualisation). Cela ne signifie pas pour autant que sa décision sera parfaite ou à l'abri de tout reproche. Les décisions de qualité supérieure ne sont pas nécessairement acceptables. Mais les décisions ayant les trois composantes énumérées ci-dessus (recherche sérieuse, sélection minutieuse et attention; bonne évaluation; bonne contextualisation) sont généralement impartiales et de qualité supérieure. L'impartialité ne fait pas ressortir la qualité des décisions, mais, en tant qu'attribut de ces dernières, elle peut être incompatible avec la "qualité" lorsqu'on suppose qu'il est toujours préférable d'observer les exigences de procédure propres à la méthode accusatoire. Ces exigences sont là parce que "la justice ne doit pas seulement exister: on doit se rendre compte qu'elle existe". Bien qu'il s'agisse d'un sentiment louable, on peut mettre en doute le préjugé selon lequel la méthode accusatoire est la meilleure façon de structurer des décisions qui respecteront ce principe. De plus en plus de documents explorent des solutions de rechange pour les décisions administratives. Des évaluations critiques de la méthode accusatoire semblent indiquer qu'en pratique elles souscrivent à un principe du genre suivant: "Peu importe qu'il y ait justice ou non, pourvu qu'on se rende compte que la justice existe". Les processus décisionnels tels ceux des tribunaux sont particulièrement visés par cette critique parce qu'ils créent une distance entre l'auteur de la décision et la partie concernée, d'où la difficulté qu'éprouve le décideur à en arriver à une compréhension globale (empathie).

L'efficacité et l'à-propos des décisions sont également menacés lorsqu'on adopte la méthode accusatoire. Chose curieuse, en ne prêtant pas attention aux effets de la procédure sur l'à-propos des décisions, on prive les parties de toute la justice à laquelle elles auraient droit. Les autorités sont de plus en plus conscientes des limites imposées à l'impartialité, comme le prouvent les tribunaux eux-mêmes en reconsidérant de façon radicale l'utilité des processus décisionnels traditionnels. À cet égard, permettez-moi de vous renvoyer à une bibliographie de 54 pages publiée par l'American Bar Association: Alternative Methods of Dispute Settlement: A Selected Bibliography, 1979.

Je veux à nouveau souligner la distinction entre décisions de qualité et décisions acceptables ou, plutôt, la distinction possible entre les deux. Une décision de qualité supérieure peut s'avérer contestable, mauvaise

ou inacceptable. Ce n'est pas tant l'impartialité de la décision qui est en cause (il y aurait alors défaut de qualité); ce sont les principes équivoques définissant la question et établissant les normes qui sont inacceptables soit en eux-mêmes soit en raison de leur difficulté d'application.

La phénomène de la "substitution de but", comme l'expliquent les études sur le comportement organisationnel, est un des grands problèmes de l'acceptabilité des décisions de l'État. En effet, il arrive souvent que les buts officiels d'un organisme ou même les buts que les administrateurs croient viser ne soient pas les véritables buts vers lesquels tendent les actions de cet organisme. La substitution de but se produit parce que toute activité poursuivie par un organisme engendre des frustrations ou des gratifications. La tendance qu'ont les organismes à vouloir minimiser les frustrations et multiplier les gratifications est la dynamique qui fait apparaître les buts nouveaux. L'efficacité est souvent un élément qui favorise les frustrations et les gratifications. Bien sûr, il existe des sources de frustration et de gratification qui peuvent exercer une influence plus grande que l'efficacité. En voici un certain nombre, qu'on trouve surtout dans les organismes publics: les aspirations professionnelles et les philosophies socio-politiques des décideurs des institutions; l'autorité qu'ont des personnes ou des groupes de l'extérieur pour déterminer les affectations budgétaires; le pouvoir que d'autres ont de fixer la rémunération des décideurs de l'institution; la capacité qu'ont les individus d'entraver les buts en ne collaborant pas; et le pouvoir qu'ont les groupes de l'extérieur d'intéresser le public aux activités des institutions.

C'est seulement en repérant les sources de frustration et de gratification d'un organisme donné et en examinant les réactions face à cet état de choses qu'il est possible de comprendre un tant soit peu les véritables buts opérationnels d'une institution. Ainsi, si l'on veut bien superviser l'élaboration des buts et de la politique d'un organisme, il faut en étudier et en évaluer de façon suivie les activités quotidiennes. C'est ce phénomène de substitution de but qui, à mon sens, justifie une certaine forme de contrôle indépendant des activités d'un organisme. Toutefois, le contrôle qui s'impose ici ne porte ni sur le bien-fondé ni sur la légalité des décisions prises séparément. Au contraire, il s'agit de procéder à une révision globale de la politique pour s'assurer que les buts réellement poursuivis par l'organisme peuvent faire l'objet d'un examen critique.

J'ai déjà suggéré dans une étude publiée par la Commission de réforme du droit du Canada[1] un mécanisme qui permettrait d'arriver à cette fin, à savoir un conseil sur l'administration publique. Une participation parlementaire accrue, y compris une réforme importante du système des comités, serait également souhaitable. Je crains cependant qu'une présence judiciaire continue nuise à la recherche de moyens d'améliorer la qualité et l'acceptabilité des décisions administratives. Ma préoccupation est d'autant plus grande que la Charte des droits, actuellement à l'état de projet, va inévitablement se retrouver enchâssée dans la Constitution. Prenons par exemple l'article 7 de cette Charte: "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale." Une telle disposition peut amener la magistrature à jouer un rôle plus activiste lorsqu'elle révise les décisions administratives et à forcer les organismes à se subordonner de plus en plus aux procédures judiciaires.

L'expérience vécue par les États-Unis nous apprend que l'activisme judiciaire dans ce domaine, régi par des dispositions constitutionnelles analogues, sert rarement l'intérêt public. Permettez-moi de passer brièvement en revue, à titre d'exemple, la participation de la magistrature fédérale américaine aux activités de l'ancien Department of Health, Education and Welfare (HEW).

Au mois d'octobre 1979, 18 000 causes se trouvaient devant les tribunaux fédéraux américains relativement au programme des handicapés du HEW. Ces causes avaient pourtant déjà été traitées par un système administratif sophistiqué appliquant les règles et les règlements du HEW. Il s'agissait notamment d'un système d'appels administratifs comportant en premier lieu une reconsidération des prestations refusées par les agents du ministère puis, en second lieu, d'une audience en bonne et due forme devant un juge spécialisé dans le droit administratif. En fait, il y avait plus de juges du droit administratif entendant des causes de handicapés qu'il n'y avait de juges fédéraux dans toute la hiérarchie des tribunaux fédéraux américains. Ces juges du droit administratif entendaient plus de trente causes par mois s'inscrivant dans un processus d'appel où le gouvernement n'avait aucun droit d'appel. Au cas où l'on serait tenté de s'interroger sur la valeur d'ensemble du régime quand 18 000 personnes ont demandé un procès pour faire réviser la décision prise à leur sujet, il faut se rendre compte que ce nombre de 18 000 ne représente que

---

1 Commission de réforme du droit du Canada, Conseil sur l'administration publique, 1980.

.014 pour cent des quelque 1 300 000 décisions initiales prises par le HEW. Et ces chiffres ne tiennent pas compte des causes qui sont devant les tribunaux fédéraux relativement à l'éducation, à la santé, au financement et aux droits civils, ni de celles incriminant l'administration des aliments et des médicaments. Par exemple, en vertu du Civil Rights Act de 1964, le HEW se trouvait chargé d'instruire les plaintes de discrimination et d'intenter les actions requises. Un procès s'est déroulé dans le district fédéral de Washington (D.C.) où l'on prétendait que le HEW ne mettait pas toute l'énergie nécessaire à instruire les plaintes de discrimination contre les noirs. Le juge était d'accord et a émis une ordonnance enjoignant au HEW de traiter certaines causes dans un certain ordre. D'autres citoyens, également protégés par la loi sur les droits civils, ont compris que cette ordonnance allait nuire à l'instruction de leurs plaintes. Des procès n'ont donc pas tardé à être intentés par des hispanophones, des femmes et des handicapés. Le juge continue encore aujourd'hui à contrôler 80 pour cent des jours-personnes au sein du Civil Rights Office (HEW), qui compte environ 2 000 employés. Dans un autre cas, un juge fédéral a ordonné et surveille lui-même la déségrégation des enseignants dans les vastes réseaux scolaires de New York, de Chicago, de Los Angeles et dans six réseaux d'éducation supérieure du Sud, y compris la Caroline du Nord.

Un ancien secrétaire du HEW signale qu'en 1978 on lui a personnellement demandé de réclamer 1 800 employés supplémentaires à l'Office of Management and Budget pour doter l'Office of Civil Rights. Voici ce qu'il déclare: "La cour a exigé de voir la note de service que j'avais envoyée au directeur de l'Office of Management and Budget pour demander du personnel supplémentaire, et, au cours des discussions sur une des motions de désobéissance dont je pouvais faire l'objet, le juge a même prié l'avocat de décrire avec quelle vigueur j'avais présenté ma demande au directeur de l'Office of Management and Budget lors d'une réunion."[2]

Si le Canada suit l'exemple des États-Unis, et si le point de vue juridique traditionnel continue d'orienter notre désir de voir l'État prendre des décisions acceptables et de qualité supérieure, nous pouvons nous attendre à ce que les décisions de l'État suscitent beaucoup de préoccupations et à ce qu'il nous soit de plus en plus difficile de trouver, de former et d'alimenter de bons décideurs.

---

2 Joseph Califano, Kennedy School of Government, Université Harvard, 18 octobre 1979.

LES DROITS DES DÉTENUS: LA JURISPRUDENCE ET SES CONSÉQUENCES SUR LES PRISONS ET LES PÉNITENCIERS

Michael Jackson
Professeur adjoint
Faculté de droit
Université de la Colombie-Britannique
Vancouver, Colombie-Britannique

Les responsables des prisons ne doivent pas être obnubilés par les moyens permettant d'éviter l'intervention des tribunaux; leur tâche véritable est de répondre à la nécessité de légitimer l'emprisonnement, de reconnaître que le pouvoir discrétionnaire n'est pas un accessoire indispensable du système et qu'il convient de l'exercer dans certaines limites afin de mettre en application des principes qui puissent être compris aussi bien par les détenus que par les spécialistes du domaine correctionnel. Dans une large mesure, la notion de pénitencier a été élaborée en réaction aux abus d'un pouvoir discrétionnaire sans limite exercé par les geôliers du 18e siècle. Aujourd'hui, plus de deux siècles plus tard, nous nous apercevons à nouveau qu'il est nécessaire de restreindre le pouvoir discrétionnaire afin d'éviter les abus et de s'assurer que les détenus ne subissent pas de peine plus sévère que celle qu'impose la loi.

Le droit jurisprudentiel n'apparaît pas par génération spontanée. Tout particulièrement en ce qui a trait au pouvoir discrétionnaire il y a le fait de remettre les choses dans les perspectives historiques pour bien comprendre la question de l'intervention judiciaire dans les décisions correctionnelles. L'une des réactions typiques des administrateurs de prisons face à l'intervention de la justice, c'est de dire que cette intervention n'est qu'officieuse et qu'en fait il n'appartient pas aux tribunaux de remettre en cause les décisions administratives, les administrateurs des prisons sachant ce qu'ils ont à faire et les tribunaux ayant par ailleurs suffisamment de sujets de préoccupations pour ne pas avoir à passer leur temps à s'inquiéter de ce qui se passe à l'intérieur des prisons.

Étant donné cette réaction générale qui, à mon avis, est assez représentative de la façon dont est considérée l'intervention des tribunaux et des avocats, il nous faut faire un retour en arrière et examiner sur quoi s'est fondée à l'origine l'introduction de la discipline pénitentiaire. Les pénitenciers ont une histoire relativement récente puisqu'ils n'ont que 200 ans d'existence dans le monde de "Common Law". Leur apparition peut être considérée comme une réaction face aux injustices du système d'emprisonnement tel qu'il était pratiqué en Angleterre au 18^{e} siècle. À cette époque, l'emprisonnement restait en dehors de toute légalité en ce sens que les directeurs de prisons n'étaient soumis à aucun contrôle législatif ou administratif; les prisons étaient gérées comme des entreprises et dans l'intérêt de leurs administrateurs qui cherchaient à le faire au moindre coût. De terribles abus ont été commis sur le plan de la santé physique des détenus et ce fut là l'un des grands sujets de préoccupation des réformateurs tels que John Howard, qui a étudié le système carcéral européen à la fin du 18^{e} siècle. La notion de pénitencier a été élaborée afin de réagir contre ce qui était considéré par les réformateurs comme un pouvoir discrétionnaire exercé sans aucun contrôle par les administrateurs de prisons. Il s'agissait par ailleurs de réagir face à ce que les réformateurs considéraient comme un pouvoir discrétionnaire exercé sans aucun contrôle par les détenus, qui jouissaient d'une immense liberté d'action, limitée uniquement par la dictature des directeurs de prisons. Les liens d'autorité qui caractérisaient les détenus entre eux appelaient une réforme, de même que le pouvoir discrétionnaire exercé sans aucun contrôle par les directeurs de prisons.

L'idée du pénitencier venant à se substituer avant toute chose aux vieilles prisons du 18^{e} siècle répondait aux besoins de prouver que la pratique de l'emprisonnement était légitime et que, du fait de cette légitimité, les prisonniers n'auraient pas d'autres choix que de purger leur peine, de s'amender et de réagir favorablement aux persuasions morales et aux possibilités de réinsertion sociale qui leur étaient offertes. Il n'est donc pas étonnant que l'on ait mis fortement l'accent sur les règlements dans les premiers pénitenciers puisque ceux-ci étaient conçus en partie comme devant pallier les défauts d'un pouvoir discrétionnaire sans retenue. La moindre action des directeurs de prisons et des geôliers était régie par une règle. D'ailleurs, ce règlement visait tout autant à dresser la liste des privations infligées aux détenus ainsi que celles des limitations apportées au pouvoir des directeurs de prisons qu'à accorder une charte des droits des détenus. Bien évidemment, l'idée d'une charte des droits des détenus n'est pas nouvelle mais remonte à l'origine des pénitenciers.

Un deuxième principe a été introduit à la demande pressante de John Howard et des réformateurs de son époque; c'est celui du contrôle des pou-

voirs. C'est avec insistance qu'ils ont fait remarquer que si l'on voulait que le pouvoir d'incarcération soit considéré comme l'autorité ultime de l'État, il fallait le légitimer aux yeux du public. Le principe selon lequel ces établissements devaient rendre des comptes au public et être ouverts à celui-ci était donc inhérent à l'architecture des premiers pénitenciers et à l'ensemble de leur mission. C'est pour cette raison que les premiers modèles architecturaux de pénitenciers prévoyaient des passerelles d'inspection à l'intention du public. Comme pour les règles, la notion de contrôle externe et du devoir de rendre compte font partie intégrante de l'héritage pénitentiaire.

Le contrôle judiciaire des décisions venant influencer de manière significative l'administration de la chose publique a lui aussi ses lettres de noblesse. Les cours se sont mises à exercer une compétence de contrôle judiciaire sur des tribunaux administratifs de plus en plus nombreux qui, tout en n'étant pas véritablement des cours de justice, n'en exerçaient pas moins des pouvoirs importants venant influencer la vie, les droits, la liberté et la propriété des individus. Par l'intermédiaire du bref de certiorari, les cours se sont mises à réexaminer les décisions prises, non quant au fond, mais quant à la procédure utilisée, qui devait garantir la fiabilité de ces décisions ainsi que la légitimité de l'exercice de l'autorité administrative. Compte tenu de ces différents principes qui sous-tendent la notion de pénitencier et de la volonté des cours de justice de superviser le fonctionnement des tribunaux administratifs, comment expliquer le fait que jusqu'en 1969 aucune affaire mettant en jeu le droit carcéral n'est digne d'être mentionné? Pour quelles raisons les cours n'exercent-elles pas le type de supervision qu'elles exercent dans d'autres domaines de l'administration publique?

On peut expliquer ce "laisser faire" des cours en ce qui a trait aux prisons par un certain nombre de raisons. L'une est l'indifférence que les cours ont toujours montrée, comme tous et chacun, y compris les avocats, vis-à-vis des détenus. L'existence de tous ces droits est liée à l'action des membres du barreau, qui doivent être prêts à les faire respecter, et des cours, qui doivent se montrer disposées à élaborer des moyens de recours. Dans une certaine mesure, les avocats ne considèrent pas que la représentation des détenus fait partie de leur rôle traditionnel. L'avocat criminaliste a pour mandat de représenter son client lors du procès et en appel; une fois que celui-ci a reçu sa sentence et a été confié à la garde de ses geôliers, l'avocat s'en désintéresse. Une telle attitude venait en partie du fait que l'on considérait que les cours de justice ne devaient pas se mêler des problèmes d'incarcération des détenus. L'idée selon laquelle le criminel condamné est un hors-la-loi ne jouissant plus de ses droits civils et de ses droits de propriété a été abandonnée théoriquement au 19^{e} siècle mais a survécu dans la pratique jusqu'au 20^{e} siècle.

En plus de la vieille notion selon laquelle les détenus n'ont pas de droits à faire respecter, un deuxième facteur vient expliquer l'attitude de "laisser faire" des cours vis-à-vis de l'administration des prisons au cours de la première moitié de notre siècle. La notion de réhabilitation et l'apparition de spécialistes dans le domaine correctionnel ont donné naissance à la conception selon laquelle il convenait de laisser aux personnes qualifiées, c'est-à-dire à celles qui administrent les pénitenciers, le soin de prendre les décisions dans les prisons. En outre, ce modèle de réhabilitation impliquait que les décisions devaient être prises par cas afin de tenir compte des besoins et de la situation propre à chaque détenu. Les prises de décisions devaient donc être régies par des considérations individuelles et non par des règles d'application générale.

C'est un détenu qui a soulevé en 1969 la première affaire venant remettre en cause l'indifférence des cours vis-à-vis de la situation des prisons. Les juristes estimaient que la cause Beaver Creek, qui avait pris naissance dans une prison de l'Ontario, était perdue d'avance. L'argumentation était en espèce que les décisions disciplinaires prises par le tribunal du directeur de l'établissement étaient soumises à l'examen judiciaire des cours. Pour bien comprendre cette affaire et la décision prise à cette occasion par la Cour d'appel de l'Ontario, de même que toutes les affaires qui ont suivi, il nous faut tout d'abord examiner les précédents juridiques qui avaient déjà été établis.

Les cours avaient mis au point un critère permettant de décider dans quelle mesure il était légitime d'exercer des pouvoirs de contrôle sur des tribunaux d'ordre inférieur. Une distinction avait été établie entre les décisions de nature judiciaire ou quasi-judiciaire et les décisions de nature administrative. Les décisions qualifiées d'administratives ne feraient pas l'objet de l'intervention de la cour. La cour interviendrait toutefois dans les décisions qualifiées de judiciaires ou de quasi-judiciaires afin de veiller à ce que les règles de la justice naturelle soient bien respectées. Cette distinction avait été en fait au centre de centaines d'affaires et c'est dans ce contexte que la Cour d'appel de l'Ontario devait décider dans quelle mesure une décision par laquelle un directeur d'établissement a exercé des pouvoirs disciplinaires était judiciaire ou quasi-judiciaire, justifiant ainsi l'intervention des cours de justice.

La Cour d'appel de l'Ontario a déclaré qu'en matière de décision correctionnelle, cette distinction dépendait de la mesure dans laquelle la décision touchait les droits civils d'un détenu et venait modifier sa situation en tant que personne et non en tant que détenu. Cette distinction étrange n'avait pas encore fait son apparition dans le droit, mais c'est sur ce critère que s'est

appuyée la Cour. Elle a déclaré à ce sujet que les décisions touchant les droits civils d'un détenu pris en tant que personne devaient être prises selon les règles de la justice et se trouvaient donc soumises au contrôle judiciaire des cours alors que celles qui remettaient en cause la situation d'un détenu en tant que détenu étaient purement administratives et, partant, non soumises au contrôle judiciaire.

Pour que cette distinction soit plus concrète, la cour a classé un certain nombre de décisions en décisions judiciaires et en décisions administratives. Les décisions qui remettent en cause la situation d'un détenu, y compris en ce qui concerne les locaux et la nature de l'emprisonnement, sont administratives, de même que celles qui touchent ou restreignent les privilèges (visites, remises de peine méritées) et donc, non soumises au contrôle judiciaire. Par contre, les décisions qui ont trait à la liberté de la personne, telles que celles qui révoquent une remise de peine statutaire, concernent les droits civils du détenu en tant que personne et peuvent donc être qualifiées de judiciaires et de quasi-judiciaires. De la même manière, la cour a déclaré que des châtiments corporels, à coups de courroie, par exemple, remettaient en cause les droits du détenu à la sécurité de sa personne et, par conséquent, constituaient une décision touchant ses droits en tant que personne. En fin de compte, seules deux catégories de décisions ont été qualifiées de judiciaires et, par conséquent, soumises au contrôle judiciaire: celles qui touchaient les remises de peine méritées et celles qui s'appliquaient aux coups de courroie. Lors de l'affaire Beaver Creek, l'imposition de châtiments corporels à l'aide de courroies avait pratiquement disparue de l'arsenal des mesures correctionnelles. Donc, dans la pratique, ce n'est que dans le domaine de la remise de peine statutaire que les cours proposaient un contrôle judiciaire, exigeant de l'administrateur de la prison le respect des principes de la justice naturelle.

La marge de manoeuvre laissée au contrôle judiciaire n'était donc pas prévue. Mais la cour a indiqué par ailleurs qu'elle réexaminerait les décisions portant atteinte aux droits des détenus qui sont garantis par la Loi ou le Règlement sur les pénitenciers. Il n'en reste pas moins que les Directives du Commissaire ou les Instructions divisionnaires n'étaient pas judiciaires mais ne constituaient que de simples mesures administratives qui ne permettaient pas de saisir la justice lorsqu'elles étaient enfreintes. Ce n'est que lorsque le détenu était en mesure d'alléguer une infraction à la loi ou au règlement qu'un recours judiciaire était possible.

L'affaire Beaver Creek a fait autorité jusqu'en 1977 en matière de droit des détenus. Tout au long des années 70, les litiges se sont multipliés afin de déterminer quel type de décisions influait sur les droits civils du détenu en tant que personne par opposition à ses droits civils en tant que détenu.

Cette recherche est restée relativement stérile. Dans l'affaire Anaskan, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le fait de transférer un détenu d'une prison à une autre ne s'appliquait qu'au local dans lequel avait lieu l'emprisonnement et n'était donc pas une décision judiciaire. Il n'y avait donc pas matière à contrôle judiciaire. De la même manière, dans les affaires McCann et Kosobook, les cours ont jugé qu'une décision visant à isoler un détenu relevait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration et n'était pas soumise au contrôle des cours de justice.

La position des cours canadiennes au début des années 70 contraste fortement avec celle des États-Unis. Se réclamant en effet du 14e amendement, les cours américaines exigeaient que les droits du détenu soient respectés "en bonne et due forme" pour qu'une décision l'affectant puisse être prise, nonobstant les conséquences pénibles résultant de ce processus. Ce respect de la procédure judiciaire "en bonne et due forme" dépendait des situations particulières et était fonction de la gravité des conséquences d'une décision donnée. Ce critère souple permettait aux tribunaux d'établir, ou de chercher à atteindre, un équilibre approprié entre les conséquences d'une décision donnée et les nécessités du respect de la procédure. Point n'était besoin d'établir une distinction difficile entre décision judiciaire et décision administrative comme au Canada.

Face à l'argument selon lequel, étant donné l'existence de la Déclaration canadienne des droits, les décisions touchant les droits et les obligations de la personne devaient être prises conformément aux principes fondamentaux de la justice et de l'impartialité, les cours canadiennes ont affirmé que la Déclaration des droits ne s'appliquait pas aux décisions administratives mais uniquement aux décisions de nature judiciaire et que, même dans ce cas, la protection n'allait pas plus loin que celle qui était accordée dans l'affaire Beaver Creek.

À mon avis, le jugement prononcé dans l'affaire Beaver Creek ne tenait pas compte de la réalité des prisons. Une décision administrative d'isoler un détenu était susceptible de donner lieu à l'isolement cellulaire pendant des années, et conclure qu'une telle décision ne pouvait être soumise au contrôle judiciaire revenait à ne tenir absolument pas compte de ses conséquences éventuelles alors que les personnes concernées en viennent à se taillader les veines, à se pendre dans leur cellule ou à subir des dommages psychologiques irréparables. L'attitude consistant à dire que les règles de la procédure judiciaire ne devaient être respectées en bonne et due forme que lorsqu'une remise de peine était en jeu faisait bon marché des réalités de la vie carcérale.

Dès 1975, des tentatives ont eu lieu pour que les cours réexaminent l'ensemble des fondements de leur intervention. L'un des arguments était que les cours avaient un rôle à jouer en matière de révision des décisions carcérales si l'on voulait que les prisons ne se démarquent pas de l'ensemble du système de justice pénale. Il était affirmé qu'un traitement impartial des détenus faisait tout autant partie du mandat correctionnel que l'objectif de la réhabilitation poursuivi jusqu'alors. Toute une série de causes débouchant sur les deux premières décisions prises dans l'affaire Martineau ont grandement modifié les fondements des décisions de contrôle judiciaire prises par les cours, entraînant une révision du droit administratif lui-même.

On peut résumer en disant que les décisions prises dans l'affaire Martineau ont établi que la possibilité de contrôle des décisions carcérales ne dépendait pas de la nature judiciaire ou quasi-judiciaire de ces décisions mais du fait qu'à la base de l'exercice de tout pouvoir administratif confié à une autorité responsable on trouve de manière générale le devoir d'agir impartialement. Ce devoir n'est pas propre aux prisons; il s'applique dans tous les domaines de l'administration publique ayant reçu le pouvoir de prendre des décisions touchant la situation, les droits, les obligations et les privilèges des particuliers. Les décisions Martineau constituent un précédent important puisqu'elles affirment que, quelle que soit la nature judiciaire ou administrative de la décision, le pouvoir discrétionnaire des administrateurs de prisons était soumis au contrôle des tribunaux et doit répondre à un souci général d'impartialité.

Il est important de comprendre les limites qu'ont assigné les cours à ce devoir de justice. Suivant en cela la décision prise par la Cour d'appel d'Angleterre, M. le juge Pigeon a déclaré que s'il incombait au milieu carcéral d'agir avec impartialité, le pouvoir d'intervention et de contrôle exercé par les cours au sujet du pouvoir discrétionnaire des administrateurs de prison était lui-même discrétionnaire. Il a affirmé que ce pouvoir devait être exercé dans certaines limites et avec prudence en tenant compte de la nécessité d'une discipline dans les prisons. La Cour a insisté sur le fait qu'il convenait d'agir avec célérité, se proposant de n'intervenir qu'en cas d'injustice grave. De l'avis du juge Pigeon, une simple allégation de manque d'impartialité au niveau de la procédure ne devait pas déclencher une intervention.

M. le juge Dixon a prononcé dans cette affaire un jugement beaucoup plus étendu sur lequel s'appuient fortement les défenseurs des droits des détenus, indiquant que la règle de droit doit être respectée à l'intérieur des murs de la prison, tout en soulignant que toute infraction à la règle sur des points précis ne justifiera pas automatiquement une intervention des tribunaux. La

Cour a affirmé par ailleurs le principe selon lequel les Directives du Commissaire n'avaient pas force de loi et qu'en conséquence les écarts éventuels ne devaient pas déclencher automatiquement une intervention. Tout en précisant que le critère à respecter était celui de l'impartialité, la Cour n'a pas précisé en détail ce qu'elle entendait par impartialité. Le problème posé par les deux affaires Martineau, c'est de traiter une question de compétence de la Cour et non de porter sur telle ou telle décision particulière.

L'impartialité n'est pas une notion immobile: ce qui est impartial dans telle situation, ne le sera pas automatiquement dans une autre. De plus, la doctrine de l'impartialité ne vise pas à revenir quant au fond sur les décisions prises par les administrateurs des prisons mais à s'assurer de l'impartialité des procédures employées. L'impartialité, dans un tel cas, part du principe qu'une décision doit non seulement être impartiale mais aussi être perçue comme étant impartiale si l'on veut que le justiciable en reconnaisse la légitimité. L'impartialité de la procédure confère une certaine légitimité aux décisions administratives et, de ce point de vue, contribue à légitimer l'autorité de l'État.

A la suite des décisions Martineau, un certain nombre d'affaires sont venues nous donner une certaine idée de ce que les tribunaux exigent en matière d'impartialité. Des causes ont été portées à l'attention des tribunaux en matière de transfert, de ségrégation et de droit de visite. L'argumentation présentée à la cour depuis lors a consisté à dire que le critère n'était plus de savoir si telle ou telle décision était de type judiciaire ou administratif mais qu'il existait une obligation générale d'agir en toute impartialité en matière de décision administrative et qu'il appartenait à la cour, étant donné l'importance de l'instauration des règles de droit au sein des prisons, d'examiner telle ou telle décision, d'en juger les conséquences sur les détenus puis de déterminer en toute connaissance de cause ce qui était exigé par les principes d'impartialité.

L'une des premières affaires de ce type mettait en cause Andy Bruce, de la Colombie-Britannique. Cette cause a été entendue à la suite de la décision prise par la Cour suprême dans l'affaire Nicholson, qui a précédé l'affaire Martineau n^{o} 2. La Cour a déclaré en l'espèce qu'il existait un devoir d'agir selon les principes de l'impartialité en matière de transfert, même s'il ne s'agissait pas d'une décision judiciaire, mais que ce devoir n'exigeait pas que les autorités donnent à Bruce les raisons de ce transfert ni qu'elles offrent la possibilité à ce dernier de contester la décision. L'argumentation présentée au nom de Bruce consistait à dire que le respect de l'impartialité exigeait que l'intéressé ait connaissance de ce qui lui est reproché et la possibilité d'y répondre. La Cour, prononçant sa décision dans l'affaire

Bruce & Yeomans, a jugé que les principes d'impartialité n'impliquaient pas en l'espèce le respect de toutes ces exigences.

Une décision du même type a été prononcée l'année dernière par la Haute Cour de Justice de l'Ontario dans l'affaire Rollie. Rollie soutenait dans cette affaire que la décision de le transférer d'un établissement provincial à sécurité minimale vers un établissement à sécurité moyenne avait affecté la qualité de sa détention dans cet établissement, sa liberté, ses droits de visite, son admissibilité à une libération conditionnelle et la probabilité de l'obtenir ainsi que les possibilités de travail qui lui étaient offertes. Cette décision, disait-il, était d'une telle importance qu'il aurait pu exiger la tenue d'une audience, qu'on lui donne les raisons qui avaient motivé la décision de le tranférer et l'occasion de contester ces raisons. La Haute Cour de Justice de l'Ontario, tenant compte de toutes les implications de l'affaire Martineau, a jugé que cette affaire ne justifiait pas le pouvoir d'intervention de la justice. Étant donné que l'on se doutait que la crainte d'une prise d'otage motivait ce transfert, il était à la fois légitime et possible, sans remettre en cause le devoir d'agir avec impartialité, de transférer un détenu selon cette procédure sommaire. La Cour a toutefois affirmé que pour que les principes d'impartialité soient totalement respectés il convenait, après le transfert, de donner au détenu les raisons de celui-ci en lui accordant la possibilité d'y répondre en donnant officiellement sa propre version. Donc, en matière de transfert, les cours ne sont pas allées beaucoup plus loin en vertu du nouveau critère d'impartialité qu'à l'époque du droit antérieur aux affaires Martineau et de la distinction entre décisions judiciaires et décisions administratives.

En ce qui a trait aux décisions disciplinaires, le principal argument présenté devant les tribunaux a consisté à dire que leur importance est telle que le détenu doit être représenté si l'on veut que les principes d'impartialité soient respectés. L'obligation d'agir impartialement sous la forme de l'avis d'accusation, du droit de faire comparaître des témoins, de la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire et du droit d'exiger une décision raisonnable, figure d'ores et déjà dans une Directive du Commissaire. La directive s'efforce toutefois d'éviter une représentation judiciaire en disposant que lorsqu'un détenu demande à être représenté, il convient de lui répondre que cette représentation est impossible. Un certain nombre de cours se sont prononcées contre cette dernière disposition, jugeant que dans certains cas déterminés les principes d'impartialité étaient susceptibles d'exiger une représentation par un avocat. Le Service correctionnel ne peut interdire arbitrairement la représentation. Pourtant, si les cours se sont opposées au principe d'un refus généralisé du droit de représentation, elles n'en ont pas moins laissé entendre qu'il revenait au président indépendant de prendre une

décision pour savoir s'il convenait, à la lumière des circonstances propres à chaque affaire, d'accorder une représentation au détenu pour que l'impartialité soit respectée. On a pu affirmer qu'une représentation juridique pourrait se justifier lorsque des questions de droit étaient soulevées et, de son côté, un juge a proposé que la meilleure façon de régler ces questions était d'offrir au détenu la possibilité de consulter un avocat avant l'audience plutôt que de lui fournir un avocat pendant l'audience. Les cours n'en ont pas moins jugé que la représentation par un avocat pouvait s'avérer nécessaire sur le plan de l'impartialité lorsqu'une affaire met en jeu des questions de droit importantes qu'un profane peut difficilement aborder. Ce type de décision est semé d'embûches étant donné que la représentation juridique ne se limite pas aux simples questions de droit. Elle vise aussi à procéder à un contre-interrogatoire efficace et à s'assurer de la fiabilité de l'exposé des faits: question dont l'importance est certaine sur le plan de l'impartialité.

Une décision prononcée récemment par la Cour suprême de la Colombie-Britannique va probablement plus loin que toutes les autres en ce qui concerne les exigences de l'impartialité dans le domaine des procédures d'isolement administratif. L'affaire Oswald et Cardinal met en cause des personnes ayant pris part à une prise d'otage dans l'établissement Kent et placées dans des cellules isolées. Leur cas a été étudié par le comité d'examen des isolements mis sur pied par l'établissement Kent qui a recommandé leur libération, le directeur de l'établissement décidant toutefois de ne pas les libérer. Cette décision a été attaquée devant les tribunaux. La Cour a jugé que la décision avait été prise à l'origine en respectant les principes d'impartialité mais que, lorsque le directeur a refusé de suivre les recommandations de son comité d'examen sans motiver sa décision et sans offrir aux détenus la possibilité de se faire entendre, l'impartialité n'était plus respectée. Probablement plus que toute autre décision, le jugement prononcé dans l'affaire Oswald-Cardinal exige que le responsable de la décision prise au sein de l'établissement pénitentiaire la motive et communique ses motifs au détenu en lui donnant la possibilité de faire entendre ses raisons.

La décision prise dans la deuxième affaire Martineau et l'obligation d'agir selon les principes d'impartialité n'ont pas encore envoyé de vagues de fonds dans tout le système, en terme d'intervention des tribunaux sur des questions de fond, en raison partiellement du fait que l'ensemble des affaires qui s'en réclament ne portent que sur les procédures permettant de prendre les décisions. D'autres affaires nous laissent présager toutefois que les cours pouvaient être prêtes, dans certaines circonstances, à examiner quant au fond les décisions ainsi prises. La plus importante de ce point de vue est l'affaire McCann, 1975, qui a remis en question l'isolement cellulaire tel qu'il était pratiqué dans le pénitencier de la Colombie-Britannique. Dans sa

décision, M. le juge Heald a jugé que les conditions dans lesquelles était pratiqué l'isolement cellulaire dans le pénitencier de la Colombie-Britannique constituaient un châtiment cruel et inusité, contraire aux règles du droit. Tout en estimant qu'une décision visant à placer un détenu en isolement cellulaire ne pouvait être réexaminée par une cour, il a déclaré que les conditions dans lesquelles le détenu était ainsi isolé pouvaient quant à elles faire l'objet d'une révision. Reprenant la jurisprudence élaborée en matière de peine cruelle et inusitée telle qu'envisagée par la Déclaration des droits, il a affirmé que lorsqu'une peine ne répondait pas à un objectif pénal légitime ou lorsqu'elle était cause de douleurs et de souffrances, il était possible de la remettre en cause à titre de peine cruelle et inusitée et de l'interdire en vertu des dispositions de la Déclaration canadienne des droits. C'était là remettre en cause une question de fond et non une question de procédure en ce qui a trait aux décisions administratives.

L'affaire Solosky revêt elle aussi une très grande importance et l'on commence simplement à en comprendre toutes les implications. Dans cette affaire, une Directive du Commissaire autorisant l'ouverture de l'ensemble du courrier à l'entrée et à la sortie de la prison a été contestée en justice aux motifs qu'elle remettait en cause les relations privilégiées entre l'avocat et son client. La Cour suprême a jugé qu'il n'en était rien et que les relations privilégiées entre l'avocat et son client n'étaient qu'une règle technique s'appliquant uniquement aux renseignements ayant une nature de preuve et ne s'appliquaient donc pas à l'ensemble de la circulation du courrier à l'entrée et à la sortie des prisons. Dans cette affaire, la Cour suprême a toutefois fait siens un certain nombre de principes particulièrement importants.

Elle a reconnu le principe selon lequel le détenu conserve tous ses droits civils à l'exception de ceux qui lui sont retirés expressément par la loi ou par le règlement. Elle précise ensuite que l'un des droits qui ne sont pas supprimés par l'incarcération est le droit fondamental de communiquer avec un avocat et que l'administration de la prison ne doit imposer que le minimum de restrictions compatibles avec la sécurité en ce qui concerne ce droit. Dans l'affaire Solosky, la Cour a donc appliqué la doctrine de la moindre contrainte qui veut que lorsque des droits ne sont pas retirés par la législation, les responsables des politiques à l'intérieur des prisons ne peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire sans tenir compte du principe de la moindre contrainte. La Cour suprême a affirmé que les tribunaux devaient jouer un rôle de contrepoids afin de s'assurer que les droits que les détenus n'ont pas perdus du fait de leur emprisonnement sont bien sauvegardés et pris en compte en fonction des impératifs de la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire. Certes, la sécurité de l'établissement passe en premier lieu, mais l'on doit toutefois tenir compte de la doctrine de la moindre contrainte.

Je voudrais faire remarquer ici que si l'intervention judiciaire a eu un certain nombre d'effets positifs, elle présente par ailleurs un côté négatif. Elle a reconnu le principe selon lequel les détenus conservent les droits qui ne leur sont pas expressément retirés par la législation, elle a reconnu l'importance de la notion de moindre contrainte et elle a légitimé le rôle, inhérent à la nature du pénitencier, de l'inspection pratiquée de l'extérieur; toutes choses qui s'avèrent positives. Les aspects négatifs proviennent de la nature contradictoire des procédures judiciaires. J'ai été suffisamment impliqué dans des litiges correctionnels pour savoir qu'il est rare qu'une victoire devant les tribunaux soit interprétée comme une amélioration des conditions de vie dans la prison. Les détenus comme les administrateurs considèrent la résolution du litige comme une victoire ou comme une défaite dans lesquelles il y a un gagnant d'un côté et un perdant de l'autre. On y voit rarement une amélioration de l'entreprise collective. Le litige accentue au maximum la polarisation des deux camps et, à long terme, ce n'est donc peut-être pas nécessairement la meilleure façon de procéder. Étant donné, malheureusement, la mauvaise volonté dont fait preuve l'administration pénitentiaire, il semble qu'il n'y ait pas d'autre solution. Il est indéniable que l'on progressera largement dans la voie de la légitimation de l'emprisonnement lorsque les administrateurs du Service correctionnel accepteront la règle de droit et la légitimité des droits des détenus.

Il nous faut maintenant concevoir un système s'appuyant sur ces droits et tenant compte de la nécessité d'exercer un pouvoir discrétionnaire bien informé pour ne pas empiéter sur ces droits dans la mesure du possible. Les tribunaux ne sont pas la première voie de recours. Au Canada comme aux États-Unis, c'est en dernier recours qu'ont les a saisis et c'est là leur rôle. Il est bien préférable que les administrateurs du Service correctionnel, après avoir consulté les avocats et les détenus, élaborent des règles tenant compte de la nécessité d'exercer un pouvoir discrétionnaire tout en s'assurant que les droits des détenus sont protégés. Il est possible de limiter le pouvoir discrétionnaire de façon à rendre justice aux deux camps. À mon avis, la véritable tâche qui attend les autorités pénitentiaires n'est pas de trouver le moyen de repousser l'intervention des tribunaux mais de reconnaître que le pouvoir discrétionnaire est une réalité qui doit être contrôlée si l'on veut appliquer des principes que puissent comprendre à la fois les détenus et les spécialistes du domaine correctionnel.

"L'EFFET PRÉVU DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS SUR LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EN MATIÈRE CORRECTIONNELLE"

Walter Tarnopolsky
Président
Association canadienne des libertés civiles
Ottawa, Ontario

L'effet de la nouvelle Charte des droits sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire administratif et sur les droits des détenus dépendra, dans une large mesure, de la composition de la Cour suprême du Canada. La position constitutionnelle de la Charte et de plusieurs de ses dispositions, y compris la clause de réparation, pourrait, en théorie, renforcer la protection des droits individuels, droits des détenus y compris. Il reste cependant à mettre à l'épreuve la force de cette garantie.

On a beaucoup discuté récemment de la Charte des droits et de l'effet éventuel de son enchâssement ou de la clause prévoyant une possibilité de retrait. J'ai pensé, en conséquence, qu'il me fallait d'abord passer en revue à la base toutes ces questions, même si mon exposé est quelque peu subjectif. Ce faisant, je reviendrai sur un certain nombre d'affaires faisant autorité et directement liées au sujet de cette Conférence.

J'ai défini l'enchâssement comme étant tout simplement une méthode de modification plus compliquée que la voie législative normale. Il est indifférent que ce processus prévoie une majorité pondérée ou qu'il soit un système faisant en sorte qu'une loi quelconque d'une assemblée législative doit être

approuvée par un certain nombre d'autres assemblées législatives. De même, il n'est pas important de savoir si, dans certains cas, une loi quelconque devra être réadoptée ou s'il sera nécessaire de le faire en séance plénière réunissant les deux Chambres. Ce qui importe ici, c'est que l'enchâssement rend l'adoption de cette loi nécessairement plus compliquée qu'à l'ordinaire.

J'estime que la complexité de l'adoption de la loi a donné lieu à un très grand malentendu concernant le sens de l'enchâssement. A mon avis, ce n'est pas l'enchâssement mais quatre autres facteurs qui détermineront l'effet de la Charte des droits. Le premier d'entre eux, c'est qu'il s'agit d'une loi constitutionnelle. A plusieurs reprises, la majorité de la Cour suprême a qualifié la Déclaration canadienne des droits de simple loi. Au mieux, on veut bien lui reconnaître le titre de loi quasi-constitutionnelle mais l'on n'a jamais considéré que la Déclaration des droits faisait partie de la Constitution. Je soutiendrai qu'il s'agit là d'une loi constitutionnelle, mais ce n'est pas ce qui doit nous occuper ici. Si la qualité de loi constitutionnelle est un facteur nécessaire et suffisant pour convaincre les juges de notre Cour suprême que la Déclaration des droits prime sur les autres lois, la nouvelle Loi constitutionnelle, une fois adoptée, constituera un progrès puisque sa première partie correspond à la Charte des droits et libertés. A mon avis, la Cour suprême ne peut plus lui refuser la qualité de loi constitutionnelle.

Ce qui est encore plus important que la constitutionnalité, c'est que cette loi ne peut être modifiée que selon un processus spécial. Sauf dans l'affaire Drybones, la Cour suprême du Canada n'est pas parvenue à accorder à la Déclaration des droits la primauté que l'on aurait pu en attendre. Il faut reconnaître que la Cour suprême n'est jamais revenue sur sa déclaration prononcée dans l'affaire Drybones suivant laquelle l'article 2 indiquait clairement que lorsqu'une loi ne peut être interprétée et appliquée de manière compatible avec la Déclaration des droits, elle n'a pas d'effet sur le point faisant l'objet de l'incompatibilité. Cette déclaration n'a jamais été reniée, mais la Cour suprême ne s'est pas montrée empressée par la suite pour trouver des lois incompatibles au regard de la Déclaration des droits.

Il nous faut nous demander maintenant si la Charte des droits sera traitée différemment. L'énoncé de la Déclaration des droits selon lequel: "toute loi du Canada ... doit", à moins de prévoir la clause, "nonobstant la Déclaration des droits", "s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre les libertés fondamentales", n'indique pas clairement à la Cour suprême que toute législation non conforme à la Déclaration des droits doit être jugée inopérante. On peut présumer que la situation sera désormais différente du fait de l'article 51 de la nouvelle loi constitutionnelle qui dispose que la Constitution du Canada, dont la

partie 1 correspond à la Charte des droits, est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Il semble bien que l'on indique donc clairement aux tribunaux que toute législation incompatible n'a pas d'effet et reste inopérante.

La troisième chose à considérer lorsque l'on cherche à déterminer dans quelle mesure la nouvelle Charte des droits s'avérera efficace, c'est la formulation précise des différents droits et des différentes dispositions. L'article 1 de la Déclaration des droits existante dispose que: "Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada...." La Cour suprême a interprété cet article en disant qu'aucun droit nouveau n'était créé dans la Déclaration des droits. A son avis, la Déclaration des droits protège les droits tels qu'ils existaient lorsqu'elle a été adoptée le 10 août 1960 et aucun droit nouveau n'a donc été créé. A mon avis, cette décision n'était pas nécessaire. J'ai même laissé entendre qu'une telle interprétation donnait lieu à un "mensonge législatif" parce que nombre des droits proclamés par les articles 1 et 2 n'existaient pas en 1960 et ont été affirmés depuis lors à des dates différentes. Nous n'en avons pas moins cette interprétation que je qualifierai de "figée". Il faut espérer que la nouvelle Charte des droits, sans employer l'expression "ont existé et continueront à exister", permettra d'éviter cette interprétation. Tous les droits se présentent sous la forme: "chacun a droit à ..." au présent. De toute évidence, la législation parle pour toujours et, dans cette mesure, elle pourrait bien signifier une amélioration.

Le quatrième et dernier facteur qui, à mon avis, déterminera l'efficacité de la Charte des droits, est celui de la réparation. On pourrait penser que si les cours déclarent qu'il y a un droit, elles déclareront par la même occasion qu'il y a une réparation. Nos tribunaux de Common Law n'ont jamais agi différemment. Toutefois, la fameuse affaire Hogan montre bien qu'il n'en est pas toujours ainsi. Après avoir été arrêté parce qu'on le soupçonnait d'avoir bu, Hogan a été mené au poste de police pour y subir l'épreuve de l'ivressomètre. Avant de subir cette épreuve, Hogan a demandé la permission de parler à son avocat, qui avait été appelé à sa demande. Le policier lui a déclaré qu'il n'en avait pas le droit et que s'il ne se soumettait pas à cette épreuve, il serait inculpé en vertu de l'article 238, (du code criminel du Canada) de ne pas se soumettre ou de refuser de se soumettre sans excuse raisonnable à l'épreuve de l'alcooltest. C'est là que Hogan a commis l'erreur, que tout le monde, même un avocat, aurait pu commettre, en se soumettant à l'épreuve. La question était de savoir si les résultats de l'épreuve pouvaient être admis en preuve.

Lorsque l'affaire a été soumise à la Cour suprême du Canada, il était évident dans l'esprit de tous les juges, même lorsque cela n'était pas exprimé par écrit, que l'on avait enfreint le droit de représentation par un avocat. La majorité de la cour n'en a pas moins déclaré que cela ne signifiait pas pour autant qu'il pouvait y avoir réparation. Les juges ont poursuivi en disant qu'ils n'étaient pas obligés de suivre la règle de l'exclusion appliquée aux Etats-Unis et qu'en conséquence ils s'en tiendraient à la règle de jurisprudence de la Common Law qui veut que les preuves, même obtenues par des voies illégales, sont admissibles lorsqu'elles sont pertinentes. La preuve fournie par l'alcooltest n'a donc pas été exclue.

Donc, un droit a pu être reconnu sans qu'une réparation n'en découle automatiquement. Le premier paragraphe de l'article 24 de la nouvelle Charte des droits dispose que toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la Charte des droits, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Par ailleurs, le paragraphe 2 de ce même article prévoit expressément une règle d'exclusion. L'interprétation de ces dispositions offre toutefois de grandes possibilités de malentendus. Il ne s'agit pas d'une règle absolue. Elle prévoit que la preuve sera écartée s'il est porté atteinte à la présente Charte des droits ou s'il est établi, eu égard aux circonstances, que l'admission de certaines preuves est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je soutiens que les Cassandres qui la ssent entendre que de simples questions policières de détail permettront d'écarter les preuves, n'ont pas bien lu le paragraphe 2. Cette règle n'est pas absolue et laisse aux tribunaux toute latitude de déterminer, eu égard aux circonstances, si l'admission de certaines preuves est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'article 24 n'en indique pas moins qu'une réparation doit être fournie et que l'une des réparations possibles est l'exclusion de la preuve. Sur ce point, la Charte des droits a plus d'effet que la Déclaration des droits sur les lois et les règlements administratifs incompatibles.

J'étudierai maintenant brièvement la clause nonobstant qui a soulevé tant de controverses. Cette clause figure aujourd'hui à l'article 2 de la Déclaration des droits ainsi que dans la Charte du Québec, le Bill of Rights de l'Alberta, le Human Rights Code de la Saskatchewan et le Human Rights Code de l'Ile-du-Prince-Édouard. Nous avons donc actuellement cinq dispositions légales assurant la primauté du code ou de la loi concernés tout en prévoyant une clause nonobstant.

Le premier point à considérer c'est que la législature éprouvera des difficultés à faire figurer une clause nonobstant dans une loi quelconque. Il

est politiquement risqué d'indiquer à l'opposition, à la presse et à l'électorat que la législature a l'intention de déroger à la Charte des droits dans sa législation, comme le montre le fait qu'en 21 ans d'existence, la clause nonobstant prévue par la Déclaration des droits n'a été utilisée qu'une seule fois. A la suite de l'invocation de la Loi sur les mesures de guerre en octobre 1970, cette loi a été remplacée le 2 décembre de cette même année par une Loi sur l'ordre public (mesures temporaires) prévoyant une clause nonobstant. C'est là le seul cas d'utilisation au niveau fédéral. Lors de la présentation de la première Charte linguistique du Québec, projet de loi nº. 1, une clause nonobstant écartait l'application de la Charte des droits et libertés du Québec qui est la déclaration des droits la plus complète au Canada et dans laquelle figure une clause de non discrimination. Face aux critiques des défenseurs des libertés civiles, y compris celles du président de la Commission du Québec, René Hurtubise, aujourd'hui juge, le gouvernement a retiré cette clause ce qui, à mon avis, montre bien tous les risques que l'on encourte sur le plan politique lorsqu'on fait figurer ce genre de clause.

Les leçons tirées d'expériences du genre de celle du Québec ont sans aucun doute contribué à faire adopter une Charte des droits écrite et enchâssée dans la Constitution. La principale objection à la Charte, souvent exprimée par l'ancien premier ministre du Manitoba, Sterling Lyon, c'est qu'elle va enlever aux assemblées législatives pour les confier aux tribunaux les décisions prises en ultime recours sur les questions fondamentales de politique économique et sociale. Je lui ai répondu à cet argument, sans jamais l'avoir convaincu pourtant, que lorsque l'on tourne nos regards vers les Etats-Unis on s'aperçoit que la grande majorité des affaires ne portent pas sur des questions législatives mais sur des questions administratives et policières. Au 20e siècle, ce n'est qu'en 1965 qu'une loi du Congrès a été jugée inopérante au motif qu'elle était contraire à l'American Bill of Rights.De toute évidence, ce n'est pas la législation qui est vraiment menacée, mais l'ensemble des actes administratifs et policiers, pour lesquels la clause nonobstant n'a pas une très grande importance.

Je conclurai sur ce point en disant que la législature ne peut espérer faire accepter une disposition risquant d'être incompatible avec la Déclaration des droits à moins de faire figurer une clause nonobstant. Sinon, la disposition en question peut se révéler contraire à la Charte des droits et être déclarée inopérante et sans effet. Toutefois, si la législature prévoit une clause nonobstant, elle signale à tout le monde où se trouve le point délicat. Cela nous ramène à la façon traditionnelle de faire respecter les libertés civiles, soit par l'entremise du processus législatif.

J'en viens maintenant à la question qui intéresse cette Conférence, soit dans quelle mesure la Charte des droits entraînera un changement en matière correctionnelle. Dans l'ensemble, je dirai que la différence ne sera pas très grande. L'une des règles fondamentales posées par la Cour suprême dans les affaires célèbres Mitchell, Howarth et Matsqui, est le principe selon lequel la libération conditionnelle n'est pas une mesure judiciaire ou quasi-judiciaire. On ne peut en conséquence se réclamer de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale qui limite les possibilités de recours à la Cour fédérale au domaine judiciaire ou quasi-judiciaire. Il semble ressortir par ailleurs de l'affaire Mitchell que l'on ne peut appuyer l'habeas corpus par une demande de certiorari, et se servir du certiorari pour réexaminer un mandat d'incarcération afin de voir s'il était justifié. La disposition en cause dans les affaires Howarth et Mitchell, soit le paragraphe 2e) de la Déclaration des droits existante, prévoit une audience impartiale dans les termes suivants: "Nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations". L'un des arguments avancés par la majorité des juges dans les affaires Mitchell et Howarth pour refuser le droit à une audience, était de dire que la libération conditionnelle est un privilège, non un droit. Lorsqu'il n'y a pas un droit, les règles de justice fondamentale prévues par le paragraphe 2e) ne s'appliquent pas.

L'article 7 de la Charte des droits qui dispose que: "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale", va-t-il entraîner un changement? On n'y parle pas de droits et d'obligations; uniquement de privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. Il reste encore à se demander si le fait qu'une personne ait d'ores et déjà été privée de sa liberté et placée dans un établissement signifie que l'article 7 est vidé de son sens ou s'il est possible d'alléguer que, puisque l'article 7 ne parle plus de droits et d'obligations mais de privation de liberté, les principes de justice fondamentale s'appliquent.

L'article 12 de la nouvelle Charte devrait lui aussi avoir des conséquences. Il ne s'écarte pas sensiblement de la disposition qui figure déjà à l'article 2 de la Déclaration des droits, soit le droit de ne pas être soumis à une peine ou à un traitement cruel ou inusité. M. le juge Darrell Heald, de la Cour fédérale, a déclaré dans l'affaire McCann qu'un isolement cellulaire de longue durée, eu égard aux circonstances, pouvait constituer une peine cruelle et inusitée. Je n'ai pas connaissance d'autres décisions allant dans le même sens, mais il est certain qu'aucun précédent ne va à l'encontre de ce qu'a déclaré le juge Heald. Il convient de se rappeler, toutefois, que dans

l'affaire Bruce et Reinate, la Cour fédérale a jugé, et je n'ai pas pu trouver de décision venant infirmer ce jugement, que Bruce, qui était déjà en isolement depuis quatre ans environ, n'avait pas eu l'autorisation de se marier.

Changeons de domaine. L'article 2 de la nouvelle Charte des droits traite des libertés fondamentales de conscience et de religion, d'expression, de réunion pacifique et d'association. La liberté d'expression est au coeur de l'affaire Soloski, que tout le monde connaît. La question en jeu était de savoir si le détenu en cause pouvait correspondre avec son avocat sans passer par la censure. Faisant la part des choses entre les besoins de l'individu et ceux de l'établissement, la Cour a décidé que la sécurité de l'établissement primait sur tous les droits de correspondance que le détenu pouvait avoir avec son avocat, jugeant en outre que ce privilège ne s'appliquait dans un tel cas. Au vu de cette décision, je ne suis pas sûr que l'article 2 entraîne beaucoup de changement pour les Soloskis à venir.

Un autre problème a été soulevé dans un certain nombre d'affaires, c'est celui du droit reconnu à l'heure actuelle par l'article 2 de la Déclaration des droits d'être informé du motif de son arrestation ou de sa détention. Cette question a été soulevée à la fois dans les affaires Mitchell et Howarth, mais c'est dans cette dernière qu'on a discuté plus particulièrement du droit à être informé. La majorité de la Cour suprême a jugé qu'en cas de libération conditionnelle, il suffisait pour informer de déclarer que la libération conditionnelle avait été révoquée. Cette décision n'avait pas à être motivée. Le paragraphe 10a) de la nouvelle Charte des droits parle du droit de chacun d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention. A moins que les cours ne donnent une interprétation différente de l'information en bonne et due forme, le paragraphe 10a) n'aidera pas vraisemblablement les Howarths à venir.

Le dernier article dont je voudrais parler est l'article 15 de la Charte, qui dispose que: "Quiconque a droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination...." La formulation particulière de cet article répond en grande partie au problème soulevé par l'affaire Lavelle, dans laquelle la Cour suprême, dans une décision très partagée, a déclaré que l'égalité devant la loi ne signifiait pas réellement une protection égale de la loi mais tout simplement que tout le monde était fondé à être jugé devant les mêmes cours et les mêmes tribunaux.

A la suite de cette décision, les groupements de femmes, entre autres, ont cherché à obtenir l'égalité devant la loi. Le ministère de la Justice devait faire face, d'une part, aux revendications d'égalité des femmes devant

la loi émanant des groupements féminins, et, d'autre part, à l'interprétation de la Cour suprême suivant laquelle l'expression "égalité devant la loi et protection de la loi" ne reprenait pas les notions égalitaires du quatorzième amendement des Etats-Unis qui prévoient une "protection égale de la loi." La solution a consisté à faire figurer l'expression "protection égale de la loi" dans la Charte des droits.

Quelle sera, là encore, l'application de cette disposition au domaine qui nous intéresse au cours de cette Conférence? Dans l'affaire Bruce et Reinate, l'un des arguments invoqués uu nom de Bruce consistait à dire que le fait de ne pas lui permettre de se marier était contraire au principe d'égalité. La partie plaignante a accepté le fait que toutes sortes de conditions devraient entourer la cérémonie et les effets qui en résulteraient mais la question était néanmoins de savoir si ce traitement n'était pas contraire au principe d'égalité. La Cour suprême avait déjà donné une définition restreinte de l'égalité devant la loi dans l'affaire Drybones, déclarant que ce principe ne s'applique que lorsque les gens sont traités plus durement. Pourtant, si l'on applique ce critère, qui a été réaffirmé à plusieurs reprises, on en déduira certainement que le refus d'accorder le droit au mariage revient à traiter la personne considérée plus durement que les autres, à moins que la raison en soit très importante.

A mon avis, la clause nonobstant est moins gênante qu'une autre caractéristique de la nouvelle Charte des droits, soit la clause des restrictions. Ce n'est pas parce qu'une telle clause est absente que les tribunaux ne vont pas appliquer à un droit des restrictions raisonnables. La Constitution américaine n'a pas de clause prévoyant des restrictions. Pourtant, même si le premier amendement dispose que le Congrès ne peut pas passer de loi limitant la liberté d'expression, la Cour suprême des Etats-Unis a confirmé, à de nombreuses reprises, la constitutionnalité de lois restrictives. La nécessité de se garder des restrictions s'appliquant aux droits a été reconnue par le pacte international relatif aux droits civils et politiques, que nous avons ratifié et qui s'applique au Canada, par la Convention européenne, qui s'applique à l'ensemble des pays européens, Royaume-Uni y compris, et par la Convention interaméricaine. Toutes ces conventions reconnaissent qu'en cas d'urgence, proclamé officiellement, on peut déroger à certains droits et libertés. Toutefois, ce qui est important, c'est que même dans les situations d'urgence, certains droits sont inaliénables. L'un des principaux d'entre eux est le droit de ne pas être soumis à des peines ou à des traitements cruels ou inusités. Même dans les situations exceptionnelles, c'est là un droit inaliénable.

Toutefois, la deuxième chose importante que précisent clairement ces déclarations internationales des droits, c'est que les libertés fondamentales

d'expression, de religion, de réunion, d'association et de déplacement à l'intérieur d'un pays peuvent être limitées pour des raisons de sécurité nationale, d'ordre public, de santé publique et de moralité publique ou pour faire respecter les droits ou la réputation d'autrui, mais que ces restrictions ne peuvent être appliquées aux droits reconnus par la loi en temps de paix. C'est là un principe très important du droit international et ceux d'entre nous qui militent au sein de l'Association canadienne des libertés civiles ont demandé avec vigueur qu'il soit inclus dans la nouvelle Charte des droits. A notre avis, les droits reconnus par la loi dans les articles 7-14 de la nouvelle Charte ne devraient pas être sujets à une clause restrictive, sauf en cas d'urgence. En dépit de nos efforts, cette clause restrictive de la Charte n'établit aucune distinction entre situation d'urgence et temps de paix. On peut donc présumer qu'en temps normal, des restrictions dont on peut apporter la justification dans une société libre et démocratique peuvent aller jusqu'à être appliquées aux droits reconnus par la loi et, à mon avis, c'est là une source de préoccupation plus grave que la clause nonobstant.

A titre de conclusion, je dirai que la Charte des droits ne fera pas en soi de différence et que le changement éventuel sera déterminé par les juges de la Cour suprême. Depuis les affaires Mitchell et Howarth, plusieurs changements ont eu lieu dans la composition de la Cour suprême du Canada. Les nouveaux juges interpréteront-ils différemment les droits de la personne? On ne le sait pas. Ce qui est certain, c'est que la composition de la Cour jouera un rôle aussi déterminant que les améliorations apportées par la nouvelle Charte et dont je viens de parler.

Toujours à titre de conclusion, j'ajouterai qu'à mon avis la Loi sur la Cour fédérale doit être modifiée. Même si l'on a cherché à simplifier la procédure d'examen judiciaire, la formulation de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale a été à la source de problèmes importants. Au cours du débat parlementaire, on a proposé une réforme de la loi sur le modèle de l'Ontario en vertu de la Judicial Review Procedures Act et de l'Alberta aux termes de l'Administrative Procedures Act, soit de n'avoir qu'un seul type de recours au titre de l'examen judiciaire. Ce n'est pas ce qui s'est passé. L'article 28 se limite aux décisions de nature judiciaire ou quasi-judiciaire. Les juges savent peut-être ce que signifie cette restriction, j'avoue que pour ma part je n'en sais rien. J'espère que les avocats en exercice le savent.

Il serait possible aussi d'apporter des modifications utiles aux lois en cause elle-mêmes. C'est ainsi que dans l'affaire Matsqui, la majorité a jugé que les directives touchant le droit à une audience dans le cas d'infraction grave ainsi que les mesures disciplinaires prises à l'encontre des détenus, même si c'est en vertu des lois et des règlements, n'étaient pas des lois. Si

c'est le cas, il faudra que la législation soit modifiée. En résumé, la Charte des droits nous laisse dans une certaine mesure espérer qu'il sera possible de ne plus revoir les décisions les plus obscures prononcées à la majorité par la Cour suprême par le passé mais, à mon avis, la composition de la Cour suprême et les diverses mesures susceptibles d'être prises au sujet des lois en cause revêteront presque plus d'importance.

L'EFFET PRÉVU DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS SUR L'EXERCISE DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES DANS LE SECTEUR CORRECTIONNEL

Howard Epstein
Avocat
Halifax, Nouvelle-Ecosse

Puisque le libellé de notre Charte des droits est remarquablement semblable à celui de l'American Bill of Rights, il y a de bonnes chances que nos tribunaux, lorsqu'ils auront à trancher des questions relatives à la nouvelle Charte, chercheront dans la jurisprudence américaine des équivalents qui pourront tout au plus les inspirer. Mais ne serait-ce que pour cette raison, tous ceux que les effets possibles de la Charte intéressent devraient se pencher sur cette jurisprudence. Dans l'ensemble, ce que la loi américaine laisse entendre sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans notre système correctionnel est ceci: si le système n'établit pas ses propres règles, les tribunaux le feront pour lui.

Je voudrais commencer par vous dire que même si j'ai travaillé à titre de conseiller juridique chez le Solliciteur général du Canada entre 1974 et 1976, je ne suis pas ici pour faire l'apologie de son ministère, mais j'y suis plutôt à titre de personne ayant sur le droit correctionnel canadien et le droit constitutionnel américain des connaissances acquises en grande partie dans la pratique privée et dans l'enseignement du droit. Je ne suis pas un avocat américain, mais c'est là, je l'espère, une infime lacune puisque j'ai consacré un certain temps à l'étude du droit constitutionnel américain.

Aux fins de la présente allocution, supposons que la Charte des droits soit vraiment prise au sérieux par les juges qui auront à s'en servir au cours des ans, peut-être à cause de la magie du terme enchâssement, ou à cause de son statut constitutionnel ou encore à cause de ses clauses de recours. Ceci dit, je crois qu'il serait sage d'examiner la façon dont les tribunaux américains ont appliqué leur Bill of Rights. J'ai l'impression que nos tribunaux vont se tourner vers l'expérience américaine pour y trouver des équivalents, puisque le libellé de notre Charte des droits et celui de l'American Bill of Rights sont extrêmement semblables. Je parlerai de certaines affaires tranchées non seulement par la Cour suprême des États-Unis, mais aussi par divers tribunaux du pays, pour vous indiquer quelles sortes de situations notre Charte est susceptible d'entraîner. Comme les jugements de la Cour suprême varient selon la composition de celle-ci,[1] ceux dont je vous parlerai ne sont pas nécessairement le mot de la fin sur tel problème en particulier.

D'abord, je vous signalerai quelques différences qui existent entre la Charte des droits et la Déclaration canadienne des droits. Notons que la Charte des droits ne révoque pas la Déclaration canadienne des droits, lorsque nous aurons une Charte, nous devrons travailler avec les deux textes. La Déclaration des droits est une loi adoptée par le Parlement, elle n'a pas été révoquée et ne le sera pas vraisemblablement dans un avenir immédiat. Les garanties de la Déclaration des droits survivront à l'entrée en scène de la Charte des droits. Ensuite, je comparerai certains articles de la Charte avec des articles pertinents de l'American Bill of Rights et j'examinerai la jurisprudence qui se rapporte à ces articles.

Dans son allocution, le professeur Tarnopolsky a cerné la plupart des distinctions entre la nouvelle Charte des droits et la Déclaration canadienne des droits. Je ne m'attarderai que sur un ou deux points. Mentionnons tout de suite les restrictions énoncées au début de l'article 1. Les droits et libertés énumérés dans la Charte "ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Je considère que cette restriction est extrêmement importante. Il ne faut pas oublier, cependant, que même en l'absence d'une clause restrictive de ce genre, la jurisprudence américaine fait état d'une situation semblable à la nôtre. Nous y trouvons une gamme des droits étendue et certains d'entre eux

---

1 Pour une analyse exceptionnellement bonne des effets de la composition, voir Levy, Leonard, Against the law: The Nixon Court and Criminal Justice, Harper, 1974.

ont préséance sur d'autres. La liberté de religion, par exemple, est un droit préféré qui semble primer sur la plupart des autres. Il y a les droits de la common law, les droits juridiques, les droits constitutionnels préférés et les droits constitutionnels inaliénables. À mon avis, l'article 1 de notre Charte invitent les tribunaux à aborder nos droits et libertés de la même façon.

Prenons un exemple: le premier amendement (American Constitution) décrète que la liberté de parole aux États-Unis est un droit constitutionnel. Pourtant nous connaissons tous de nombreux exemples de restrictions, comme le cas typique concernant l'interdiction de crier "Au feu!" dans une salle de cinéma bondée. Le premier amendement n'épargne pas non plus la pornographie dans certains cas et permet certaines autres restrictions, plus particulièrement applicables au sujet de notre discussion, sur ce qui se passe à l'intérieur d'une prison. Ces droits ne sont pas tenus pour absolus, ni importants au point de l'emporter sur toutes autres considérations. L'État, chez les Américains, est jugé avoir certains intérêts qu'il faut protéger parfois au détriment de certains droits des détenus. Le premier article de la Charte canadienne des droits nous place essentiellement dans la même situation qui s'est produite aux États-Unis au fil des ans.

Autre distinction entre la nouvelle Charte des droits et la Déclaration canadienne des droits: la première décrète le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, un droit qui figure aussi dans l'American Bill of Rights. Les répercussions de cette garantie peuvent être importantes. Par exemple, les brefs de main-forte auxquels le Solliciteur général s'est récemment référé pourraient subséquemment être jugés contraires à la constitution de notre pays par un tribunal judiciaire.

La dernière distinction à faire entre la Charte des droits et la Déclaration canadienne des droits concerne les articles de recours, 24 et 59. L'article 24 confère à nos tribunaux un pouvoir de réparation qui n'est pas explicitement mentionné dans la Constitution américaine et que la Cour suprême des États-Unis a mis de nombreuses années à établir dans sa jurisprudence. L'article 24 dit: "Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés... peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances." Aucun libellé aussi large n'existe ailleurs. Les tribunaux aux États-Unis ont pris en charge, dans certains cas très limités, la surintendance générale de systèmes complets de prisons d'État. Cette situation ne pourrait jamais survenir au Canada à moins que les tribunaux n'y soient invités. Sterling Lyon n'avait donc pas tort de dire que notre Charte des droits invite les tribunaux à s'impliquer dans les questions sociales et à s'y impliquer sensiblement.

Les tribunaux le feront-ils? C'est une autre question. Mais il reste que l'invitation existe. Les tribunaux américains ont mis du temps avant de dire: nous ne serons pas seulement des organismes qui définissent des droits; nous ferons davantage; nous exigerons des réparations, comme des rapports mensuels du surintendant des prisons, ou d'un directeur en particulier, sur la situation qui a cours ou encore des tests psychologiques pour prouver que les gardiens ne font pas de discrimination raciale. Ces choses se sont produites aux États-Unis et, à mon avis, le paragraphe 24(1) de la Charte canadienne des droits ouvre la voie à ce genre de supervision permanente des prisons, des pénitenciers fédéraux ou du système de libération conditionnelle au Canada. Évidemment, cette éventualité dépendra d'une foule de facteurs, mais il n'en reste pas moins que le texte de loi existe.

Voyons ce qui s'est vraiment produit aux États-Unis. Quatre articles de l'American Bill of Rights ont eu le plus d'effets sur le système correctionnel. Ce sont les huitième, premier, quatorzième et quatrième amendements. Le huitième amendement porte sur l'interdiction d'infliger des peines ou traitements cruels ou inusités. Le premier amendement porte sur la liberté de religion, la liberté de parole, la liberté de réunion. Le quatorzième amendement porte sur l'application régulière et la protection égale de la loi et il est obligatoire dans les États. Enfin, le quatrième amendement est celui qui interdit les fouilles et les saisies abusives. Ce sont ces quatre amendements qui ont le plus d'importance pour le secteur correctionnel et la jurisprudence qui en découle est celle qui aura le plus d'importance pour les services correctionnels au Canada.

Examinons l'article qui parle de peines et de traitements cruels et inusités. Le pouvoir qu'il confère est très souvent exercé aux États-Unis. Les tribunaux y ont eu recours tant pour des peines de mort que pour des accusations de peines disproportionnées. D'autres causes ont invoqué les lois sur les criminels d'habitude, l'utilisation du fouet dans les prisons, la stérilisation des détenus, les délits de "situation" et surtout les conditions d'incarcération. La disproportion des peines est une question dont les tribunaux pourraient vraisemblablement être saisis en vertu de l'article qui garantit une protection contre des peines ou traitements cruels et inusités. Un criminel reconnu coupable de meurtre au premier degré pourrait soutenir qu'un refus d'admissibilité à la libération conditionnelle pour les vingt-cinq premières années de sa peine constitue un traitement cruel et inusité. Au États-Unis, l'emprisonnement à vie pour un jeune a été décrété inconstitutionnel.

Depuis 1962 aux États-Unis, il s'est produit une série de causes découlant de délits de "situation". Dans l'affaire Robinson c Californie,[2], il a été décrété que la loi de l'État qui faisait de la toxicomanie un crime était inconstitutionnelle, qu'elle violait la clause de traitement cruel et inusité et qu'elle donnait lieu à des accusations de délits de "situation", une conséquence particulièrement importante pour le système pénitentiaire. Il a depuis été soutenu que la toxicomanie peut servir de défense contre une accusation d'évasion. La décision de 1968 de People c. Malloy[3] dit: "Nous savons que les toxicomanes ont un besoin irrésistible de s'évader. Les drogues satisfont ce besoin". Elle ajoute: "Punir le défendeur pour son évasion équivaut à se venger d'une maladie, à transformer un hôpital en cellule de prison, ce qui est nécessairement une peine cruelle et inhumaine." Que le tribunal ait eu raison ou non, le précédent à été créé. Un toxicomane qui serait accusé d'évasion aux termes de l'article 132 du Code criminel pourrait invoquer cette même défense et s'appuyer sur la jurisprudence pertinente.

Que dire des conditions d'incarcération? La seule cause que nous ayons jusqu'à présent est l'affaire McCann[4] et autres au pénitencier de la Colombie-Britannique. Comme je l'ai déjà dit, des systèmes correctionnels entiers ont été trouvés inconstitutionnels aux États-Unis. Le genre de supervision que permettrait l'article 24 de la Charte des droits, si un juge au Canada jugeait bon de l'invoquer, se fait effectivement fréquemment aux États-Unis. Le manque de fonds, parfois invoqué comme défense, n'est définitivement plus admis. En effet, à chaque fois que des administrateurs de prison prétendent que la législature ne leur accorde pas un budget suffisant pour accomplir davantage, les tribunaux répondent: quand il s'agit d'un droit garanti par la constitution comme c'est le cas ici, ce motif n'a aucun poids. Cependant, au contraire de l'affaire Malloy, les conditions d'incarcération ne justifient pas une tentative d'évasion et le fait semble généralement accepté aux États-Unis. Quand vous êtes administrateur de prison, vous devez peser et soupeser bien des choses. Et les tribunaux doivent faire la même pondération si la cause qu'ils instruisent conteste l'administrateur. La cour doit examiner les

---

2 Robinson v. California (1962) 370U.S.660.

3 People v. Malloy (1968) 296 N.Y.S. (2d) 259.

4 McCann et al. v. The Queen (1975) 68 DLR (3d) 661 (F.C.I.D.).

mesures prises pour assurer la santé et l'hygiène, pour freiner la possession de drogues et d'armes et pour prévenir les évasions, la destruction de la propriété et les voies de fait de toutes sortes lorsqu'elle évalue tout le système ou celui-ci par rapport à une personne en particulier.

Cet article ne permet pas généralement la révision des transfèrements. N'oublions pas que je parle uniquement de l'article qui traite des peines et traitements cruels et inusités. Dans certaines causes, plus d'un article de l'American Bill of Rights ont été invoqués et parfois, le recours à l'article qui prévoit l'application régulière de la loi a réussi dans une certaine mesure à faire réviser des transfèrements. Les tribunaux n'ont pas encore décrété inconstitutionnel en soi l'isolement cellulaire, dans ce contexte. Toutefois, des conditions tyranniques pourraient bien constituer une violation. D'ailleurs, les cas de ce genre sont légion.[5] Au Canada nous connaissons seulement l'affaire McCann.

Voyons maintenant brièvement certaines causes qui ont un rapport avec les premier et quatorzième amendements de l'American Bill of Rights, c'est-à-dire la garantie de liberté de parole, etc. et la garantie de l'application régulière et de protection égale de la loi. Dans l'affaire Pell c Procunier,[6] tranchée en 1974, le tribunal a dit: "Un détenu conserve les droits que lui confère le premier amendement qui ne vont pas à l'encontre de sa situation de prisonnier ni des objectifs pénologiques légitimes du système correctionnel. Ainsi, les objections opposées aux restrictions imposées par la prison qui vont à l'encontre du premier amendement doivent être analysées pour déterminer la légitimité des politiques et objectifs du système correctionnel à qui la charge et le soin du prisonnier ont été confiés par l'application régulière de la loi." La situation au Canada n'est pas

---

5 Pour une bonne analyse du droit constitutionnel américain appliqué aux systèmes pénitentiaire et de libération conditionnelle, voir: Kerper et Kerper, Legal Rights of the Convicted, 1974, West; I.J. Sensenich, Compendium of the Law on Prisoners' Rights, Federal Judicial Centre, Imprimerie du gouvernement américain, 1979; J.W. Palmer, Constitutional Rights of Prisoners, Anderson Co., 1973 plus supplément de 1974.

6 Pell v. Procunier (1974) 417 U.S. 817

différente.[7] Toute une gamme de droits existe qu'il faut soupeser par rapport à des considérations pénologiques légitimes. A moins d'être explicitement supprimés ou modifiés à la lumière de ces considérations, ces droits doivent être respectés.

Dans les premiers temps, la cour n'intervenait tout simplement pas dans certains aspects de gestion publique, comme les prisons. Elle suivait à cet égard une doctrine de non-intervention. Au cours des années 60, les tribunaux américains ont délaissé cette doctrine pour commencer à intervenir activement dans des domaines comme celui de la gestion des prisons. Le point de saturation de cette tendance semble avoir été atteint depuis quelques années et les tribunaux sont maintenant moins enclins à intervenir dans la gestion des prisons. Cette attitude est sans doute le résultat des changements de composition des tribunaux, particulièrement celle de la Cour suprême des États-Unis. Les tribunaux canadiens ne sont pas intervenus dans la gestion du secteur correctionnel autant que les tribunaux américains, mais il est néanmoins juste de dire que la doctrine de non-intervention est chose du passé. Les tribunaux ont statué que l'application régulière de la loi vaut pour un certain genre de décisions.

La question qui se pose maintenant est celle-ci: qu'est-ce que l'application régulière de la loi dans le contexte correctionnel? Les tribunaux canadiens et américains se penchent sur la question et le processus continuera avec l'arrivée de la nouvelle Charte des droits. L'autre question à l'étude, tant aux États-Unis qu'au Canada, concerne la façon la moins restrictive de faire obstacle aux droits constitutionnels. À mon avis, les tribunaux vont demander de plus en plus aux administrateurs de prison d'expliquer pourquoi ils font obstacle ou posent des limites aux droits constitutionnels des détenus, surtout lorsqu'il s'agit de droits jugés prioritaires.

Examinons certains points précis que ces questions ont soulevés. Le droit de communiquer librement par opposition à la nécessité d'inspecter le courrier qui arrive dans les prisons, pour des raisons de sécurité, est une des questions dont les tribunaux ont été saisis. Il est reconnu que les administrateurs de prison sont autorisés à inspecter le courrier pour de justes motifs; cependant, certains tribunaux ont statué que ces inspections doivent être justifiées. La correspondance entre le client et l'avocat est mieux

---

7 Voir par exemple, R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, MacCaud 1969, O.R. 373; 5 C.R.N.S. 317; 2 DLR (3d) 545 (Ont. C.A.).

protégée aux États-Unis et j'oserais dire que l'affaire Solosky,[8] dans laquelle la Cour suprême du Canada a décrété que le privilège "client-avocat" ne s'appliquait pas à l'échange habituel de courrier entre la prison et l'extérieur, aurait peut-être été tranchée autrement en vertu de la nouvelle Charte. D'autres décisions aux États-Unis qui imposaient des restrictions à la correspondance des détenus, ont été désapprouvées et il est dorénavant obligatoire de signifier un avis de censure du courrier.

À un moment donné, toute une série de causes portaient sur la réception de documents publiés. Certaines prisons avaient établi des règlements interdisant aux détenus de recevoir des publications de sources autres que l'éditeur. Ces règlements, jugés déraisonnables, ont été supprimés. Le racisme et le caractère libidineux des publications dans les bibliothèques de prison ont aussi fait l'objet de litiges aux États-Unis. Il a été établi qu'il faut justifier le bannissement de publications de ce genre. Encore une fois, la question à trancher ici est celle de savoir quel équilibre établir entre la protection à donner aux libertés et aux droits individuels et la nécessité d'assurer la sécurité de la prison.

La question des visiteurs et de la presse est un autre point qui a été débattu devant les tribunaux. Aux États-Unis, la loi est suffisamment claire concernant le devoir des administrateurs de prison d'autoriser les visites en nombre raisonnable. Cependant, les tribunaux y ont aussi décrété que les représentants de la presse n'ont pas plus ni moins de privilèges à ce chapitre que le public en général et les visites de "contact" ne sont pas généralement un droit protégé. En outre, les conversations peuvent y être ordinairement surveillées. Nous avons, dans le Code criminel du Canada, l'article 178 qui concerne les atteintes à la vie privée en général, et l'interception des communications en particulier. Je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si cet article signifie que le fait de simplement afficher dans une salle de visiteurs un avis indiquant que toutes les conversations dans la pièce sont sujettes à surveillance satisfait les exigences de la loi. Je crois cependant que toutes les conversations entre les détenus et leurs visiteurs ne sont pas légalement surveillées dans le moment.

J'aimerais vous citer un extrait d'une cause américaine qui vous donnera une idée de l'orientation que nos tribunaux pourraient prendre en vertu de la

---

8 Solosky (1979) 16 C.R. (3d) 294 (C.S.C.).

Charte des droits. Dans l'affaire James c. Wallace,[9] en Alabama en 1976, le tribunal a tranché ainsi:

> Chaque pénitencier est tenu de fournir un endroit confortable et protégé pour les visites. Cet endroit ne doit pas, sauf à des fins de sécurité qui ont été bien documentées, séparer physiquement les visiteurs et les détenus. La politique pertinente doit officiellement permettre à un détenu de recevoir des visiteurs au moins une fois par semaine et les règlements relatifs aux visites doivent prévoir une durée et un espace raisonnables pour chaque visite. Les visiteurs ne doivent pas être assujettis à aucune fouille déraisonnable. Les détenus qui font l'objet d'une première classification ne se verront pas refuser des privilèges de visite.

Il est peu probable qu'un tribunal canadien fasse une déclaration d'aussi grande envergure, sauf en vertu de la Charte des droits. Cependant, même si la Charte prend effet, il existe des précédents américains de déclarations d'envergure concernant des questions comme les privilèges de visite, que nos tribunaux pourraient invoquer.

Les années 60 aux États-Unis ont été témoins d'une série de causes qui concernaient l'incarcération et la liberté de religion d'une secte activiste, les Black Muslims, dont un grand nombre ont été emprisonnés à l'époque. Plusieurs principes se sont dégagés de ces causes dont le suivant: les religions des minorités ne doivent pas nécessairement jouir d'installations identiques à celles qui sont assurées aux religions des majorités, mais certaines installations doivent néanmoins leur être fournies. Une des causes américaines avait établi que les prisonniers isolés n'avaient pas le droit d'assister à la messe mais, dans cette circonstance, un prêtre catholique avait été mis disponible pour dispenser les sacrements. Je suis d'avis qu'une affaire de ce genre revêtirait de l'importance non seulement au Québec, mais partout au pays, puisque cinquante pour cent de la population est catholique. Dans un certain nombre d'autres causes du genre, il a été décrété qu'un régime alimentaire orthodoxe doit être offert aux détenus juifs.

Quant à la question des fouilles, des perquisitions et des saisies, une intéressante série de causes américaines a invoqué le concept juridique de "l'obligation de la preuve". Il y a été déterminé que les dirigeants de la prison doivent pouvoir légalement établir que les fouilles sont raisonnables.

---

9 James v. Wallace 406 F. Supp. 318

Les aspects que des tribunaux ont examinés de plus près, surtout en ce qui concerne les fouilles des cavités corporelles, du corps, sont les circonstances dans lesquelles se déroulent ces fouilles. Par exemple, ils ont voulu savoir si la fouille avait eu lieu avant un transfèrement ou une comparution en cours, s'il existait suffisamment de renseignements préalables fiables indiquant la nécessité de faire une fouille, si une personnel paramédical compétent avait fait la fouille dans des conditions sanitaires et si le détenu avait subi ou non des humiliations au cours de la fouille.

Pour conclure, j'aimerais souligner trois points. D'abord, même si les précédents juridiques américains ne créent pas d'obligation pour nos tribunaux, ils pourraient influencer l'évolution de notre droit avec l'arrivée de la Charte des droits. La jurisprudence américaine pourra tout au plus inspirer nos tribunaux canadiens, mais ne serait-ce que pour cette raison, nous devrions nous familiariser avec les détails du droit américain. En second lieu, c'est un fait que le droit évolue et le droit américain a effectivement évolué et continuera de le faire. Dans la plupart des cas, y compris dans les nombreux exemples que j'ai donnés, des jugements ont appuyé l'une et l'autre partie qui s'opposaient. Enfin, demandons-nous ce que le droit américain laisse entendre au sujet de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le système correctionnel et de libération conditionnelle. Pour ma part, je dirais que si le système n'établit pas des règles, les tribunaux le feront pour lui. Enfin, une idée parmi bien d'autres se dégage de certaines affaires et c'est la suivante: les tribunaux sont plus enclins à adopter une politique de non-intervention quand ils ont affaire à un système qui a su prendre ses responsabilités et poser des limites au pouvoir discrétionnaire absolu des personnes en autorité.

LES SANCTIONS ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT

Bradley Willis
Avocat
Ogilvie et compagnie
Avocats et notaires
Edmonton, Alberta

On examine dans le présent document* la théorie ainsi que les modalités d'application des sanctions et l'on met de l'avant trois propositions principales: premièrement, l'application des sanctions prévues par la loi comporte deux activités distinctes: l'imposition des peines (fonction adjudicative) et l'emprisonnement (fonction administrative); deuxièmement, au fil des ans, il s'est produit une séparation presque totale de ces deux fonctions; troisièmement, le degré de séparation entre ces deux fonctions que l'on trouve au Canada actuellement est la cause d'injustice, d'inefficacité et d'un manque d'imputabilité publique. Ces trois propositions, étayées de certaines considérations d'ordre moral et pratique, permettent d'en arriver à deux conclusions principales: premièrement, que les tribunaux doivent imposer des sanctions précises plutôt que de simples peines d'emprisonnement; et deuxièmement, que l'application de ces sanctions doit être assujettie à une supervision judiciaire.

---

* Le présent document est une version abrégée d'un texte inédit intitulé Punishment and the Rule of Law par Bradley Willis.

> Par "primauté du droit", on entend, premièrement, qu'on ne peut punir aucun homme ni le faire souffrir de façon légitime dans son corps ou ses biens si ce n'est pour infraction évidente à la loi établie par les modes juridiques habituels devant les tribunaux habituels du pays. Dans ce sens, le principe de la primauté du droit fait contraste avec tout système de gouvernement fondé sur l'exercice, par les personnes compétentes, de pouvoirs de contrainte étendus, arbitraires ou discrétionnaires.[1]
>
> A.V. Dicey

Définition des conditions d'application des sanctions

En cherchant à donner une définition générale des conditions d'application des sanctions, on pourrait signaler que l'application d'une sanction à une personne doit satisfaire à deux conditions préalables bien précises. Premièrement, il faut que soient prises une ou plusieurs mesures ayant pour effet de restreindre les libertés de l'intéressé. Deuxièmement, il faut avancer que l'on ne prend ces mesures que par suite d'une action commise antérieurement par ce même intéressé. Naturellement, une affaire considérée comme civile à une époque donnée peut, à une autre époque, être considérée comme une affaire criminelle, comme en atteste le fait que des dommages-intérêts exemplaires sont encore consentis dans des actes dommageables extra-contractuels. Un dédommagement était même prévu jadis en droit anglo-saxon pour ce que nous appelons maintenant les crimes de violence, selon un tarif normalisé appelé le wergild. Mais il n'y a pas lieu de nous arrêter là-dessus. Retenons seulement qu'une sanction vise un acte commis dans le passé et non une transgression dont l'intéressé pourrait être coupable au moment même.

La définition que nous proposons ne précise pas à qui il revient d'appliquer la sanction. Ce pourrait être un simple particulier qui se charge de veiller à l'ordre public, un parent qui punit un enfant, ou bien un agent de correction ou un agent d'unité résidentielle qui veille à ce qu'un détenu continue d'être incarcéré en stricte conformité de la peine imposée par le juge en vertu du système juridique ou encore qui applique une justice sommaire à un détenu en vertu de la soi-disant "loi de la taule". Il est essentiel

---

1 Dicey, A.V., The Law of the Constitution, p. 188.

d'établir ces distinctions afin de déterminer, dans un cas précis, s'il y a lieu ou non d'appliquer une sanction particulière à une personne donnée.

Nous pouvons maintenant élargir la portée de notre définition des conditions d'application des sanctions prévues par la loi en y ajoutant trois conditions supplémentaires. Premièrement, il faut qu'une personne (le juge) ait annoncé au préalable que les actes pour lesquels l'intéressé doit être puni constituent une infraction aux règles prévues par le système juridique auquel l'intéressé est soumis (nullum crimen, sine lege). Deuxièmement, le juge doit être un fonctionnaire de l'appareil judiciaire et être spécifiquement autorisé à faire cette déclaration. Troisièmement, le système juridique doit prévoir d'autres règles en vertu desquelles la sanction appliquée doit s'inscrire à l'intérieur de la gamme des peines applicables aux actes visés et la sentence doit être prononcée par le juge (nulla poena, sine lege).

En Angleterre, au 18^{e} siècle, on infligeait un châtiment corporel à l'infracteur. On pouvait alors considérer avec raison que la peine était imposée et administrée par une seule autorité. Toutefois, la principale caractéristique du régime carcéral établi à la fin du 18^{e} siècle était et demeure la séparation presque totale de la fonction adjudicative (dont s'acquitte le juge) et de la fonction administrative (dont s'acquittent les employés dans les établissements carcéraux et les agents de police). Par conséquent, on aurait tort de dire que le tribunal punit l'infracteur. Il ne fait que prononcer la sentence; l'application de cette dernière dépend de considérations très diverses. En effet, les agents de classement, les commissions des libérations conditionnelles, les gardiens dans les prisons et même les autres prisonniers peuvent avoir leur mot à dire.

Etant donné la séparation des deux fonctions, il n'y a peut-être pas lieu de s'étonner qu'au Canada, la plupart des juges des cours provinciales n'ont qu'une vague idée des établissements auxquels tous les jours ils envoient des gens. Comme M. le juge Robert Reilly de la Cour provinciale de l'Ontario, aurait dit en 1980:

> "...la plupart des juges, des avocats et des agents de police connaissent mal, voire pas du tout, les prisons où ils envoient les coupables".[2]

Il ne s'agit nullement de négligence de la part de ces personnes. Le fait est que leur travail est dans une large mesure sans rapport avec ce qui se passe en prison.[3]

Bref, le processus comprend habituellement deux étapes, l'imposition des peines par le tribunal et l'emprisonnement. Il appartient au juge de prononcer la sentence. Il annonce en public que l'intéressé a effectivement commis les actes dont il est accusé ainsi que la sanction qui lui sera imposée. Cette dernière peut prendre la forme d'une peine monétaire, d'une période de probation, d'une peine d'emprisonnement ou d'une combinaison des trois. Comme la peine suprême en cas de non-paiement d'une amende ou de non-respect d'une ordonnance de probation est l'emprisonnement, il serait logique de considérer ces peines comme d'autres formes d'emprisonnement.

---

2 Kingston Whig-Standard, 30 novembre 1979: "Judges Should See Prison Life Firsthand" ("Les juges devraient voir eux-mêmes comment se passe la vie en prison").

3 voir Morris, N., The Future of Imprisonment: "La prison serait, dans un monde où il n'y aurait pas une foule de paradoxes, un modèle de primauté du droit. En réalité, jusqu'à tout récemment, c'était un domaine caché où règnaient des pouvoirs discrétionnaires illimités, où le pouvoir de certains individus était à l'abri des lois." (p. 106).

Il y a peut-être lieu de signaler qu'on peut établir un parallèle intéressant entre la séparation des fonctions adjudicative et administrative en matière d'application des sanctions prévues par la loi et la séparation du droit de propriété et du contrôle au sein des sociétés commerciales importantes ainsi que la bureaucratisation des gouvernments en général. Ce parallèle est à la fois conceptuel et chronologique: il remonte au mileu du 18^{e} siècle.

Les composantes des sanctions

L'emprisonnement se compose de restrictions systématiques des libertés d'un prisonnier, le cas échéant, les suivantes:[4]

a) rationnement de la nourriture, des vêtements et des biens de consommation, ainsi que des privilèges en général;

b) privation sexuelle (notamment dans le cas des prisonniers hétérosexuels);

c) voies de fait de la part des gardiens et des autres détenus;

d) isolement cellulaire ou ségrégation;

e) restriction de la liberté de mouvement (lieu et temps);

f) incertitude en ce qui concerne les autres restrictions éventuelles et le moment choisi pour leur application;

g) obligation de suivre un traitement médical, par ordre ou sous contrainte, ou participation à des "programmes de traitement"; et

h) les formalités faisant suite à la sentence (voir ci-dessous).

Il existe après le prononcé du jugement trois catégories de formalités faisant suite à la sentence. Au Canada et dans la plupart des autres pays civilisés, la première de ces catégories est le classement. En règle générale, il appartient exclusivement aux autorités carcérales de déterminer les conditions d'emprisonnement. Par exemple, la ségrégation habituelle des délinquants sexuels et des dénonciateurs a pour objet d'empêcher les autres prisonniers de leur faire du mal. De même, les prisonniers considérés comme éventuellement dangereux peuvent être remis en ségrégation ou en isolement, ou être assujettis à des moyens de contrainte. Là encore, la décision appartient aux seules autorités carcérales.

Les mesures disciplinaires appliquées dans les prisons constituent la deuxième catégorie de formalités faisant suite à la sentence. La plupart des prisons canadiennes ont établi un tribunal disciplinaire (le tribunal du directeur) dont la composition est prévue dans les règlements ou les direc-

---

4 Cette liste d'exemples n'est nullement exhaustive.

tives de la direction. Jusqu'à ces derniers temps, tous ces tribunaux étaient composés entièrement d'employés des prisons. A la suite de la publication, en 1977, du rapport du Sous-comité parlementaire sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada (le rapport MacGuigan),[5] certains pénitenciers fédéraux canadiens, en 1980, avaient établi des comités disciplinaires sous la présidence de personnes de l'extérieur; toutefois, il existe au sein du régime carcéral une forte opposition à cette idée.[6]

La mise en liberté dans la collectivité constitue la troisième catégorie de formalités faisant suite à la sentence. Les autorités chargées des libérations conditionnelles et des mises en liberté dans la collectivité jouissent de très vastes pouvoirs discrétionnaires dans les limites de la durée prévue de la peine imposée par le tribunal. Cela a été confirmé dans l'affaire de Mitchell c. La Reine (1975) 61 D.L.R. (3e) 77 (C.S.C.), où la Cour suprême du Canada a décidé (5:3, Le J.C.C. Laskin, les juges Spence et Dickson étant dissidents) que la Commission nationale des libérations conditionnelles, nonobstant les dispositions de la Déclaration canadienne des droits, n'était pas tenue de fournir à un accusé les raisons de la révocation de sa libération conditionnelle. M. le juge Martland a résumé comme ceci, à la page 89, l'opinion majoritaire:

> L'appelant n'avait pas droit à la libération conditionnelle. La décision de lui accorder une libération conditionnelle avait été prise par la Commission des libérations

---

5 Procès-verbaux de la Chambre des communes du Canada, mardi 7 juin 1977.

6 Dans une lettre adressée au Kingston Whig-Standard publiée le 30 novembre 1979, le commissaire fédéral aux Services correctionnels, M. D.R. Yeomans, a déclaré que "nous avons donné suite, effectivement ou pratiquement, à 51 des 65 recommandations".

Toutefois, le rapport intérimaire présenté par M. Yeomans au Solliciteur général du Canada le 26 octobre 1979 ne corrobore pas ces dires. En effet, même en prenant toutes les affirmations dans ce rapport au pied de la lettre, on obtient les chiffres approximatifs suivants:

Suite donnée	17
Suite non donnée	28
Suite partielle	9
Impossible à déterminer d'après le rapport	11
Total	65

conditionnelles. Il n'était pas en droit de rester en liberté conditionnelle. La décision de révoquer sa libération conditionnelle était laissée à la discrétion absolue de la Commission.

Au Canada, dans certaines circonscriptions, le détenu est admissible à la mise en liberté temporaire lorsqu'il a purgé le sixième de la peine nominale imposée; habituellement, toutefois, les détenus sont mis en liberté temporaire seulement après avoir purgé le tiers de leur peine. Les détenus incarcérés dans des établissements fédéraux doivent d'abord comparaître devant la Commission des libérations conditionnelles; à cet égard, il y a lieu de noter que, jusqu'à tout récemment, il ne leur était pas permis, à cette occasion, d'être représentés par un avocat.

Il est logique de considérer cette audience comme une audience en vue d'une sentence. Traiter l'activité des commissions des libérations conditionnelles d'"exercice de la clémence" plutôt que d'"application de sanctions" équivaut à établir une distinction peu utile ici, même si elle est parfois importante. S'il est vrai que la libération conditionnelle réduit la sévérité de la peine, elle prévoit néanmoins des restrictions immédiates et éventuelles des libertés légitimes d'un détenu.

Les effets des sanctions

Comme on l'a déjà dit, l'application des sanctions comprend, dans un premier temps, l'annonce des sanctions imposées, suivie de la prise de mesures visant à restreindre les libertés du détenu. Les effets de ces deux aspects de l'application des sanctions sont interreliés. Toutefois, pour plus de clarté, nous les examinerons séparément et seulement dans la mesure où ils touchent le détenu lui-même.

i) Effets de l'annonce

L'annonce prend la forme de la proclamation du fait que l'intéressé a commis un certain acte ou certains actes. L'effet de cette annonce sur l'individu dépend d'un certain nombre de facteurs. Si personne n'entend l'annonce, si ceux qui l'entendent n'en font aucun cas ou si le prisonnier ne se soucie pas de ce que peuvent dire ou faire les autres, y compris nous-mêmes, et s'il ne prévoit aucune restriction importante des libertés dont il jouit, l'annonce n'aura aucun effet sur lui; il faut souligner toutefois qu'elle peut avoir des effets sur d'autres personnes qui en prennent connaissance.

ii) Effets des restrictions

Le deuxième aspect de l'application des sanctions est leur effet restrictif. Les malfaiteurs d'âge adulte sont envoyés dans des "établissements de correction". Là, les restrictions de leurs libertés ont des effets indirects analogues à ceux de l'annonce. Elles ont en outre des effets directs. L'importance de ces derniers dépend de la nature et de l'envergure des restrictions imposées (voir l'alinéa 2.1(2) - h), de l'importance de ces libertés pour le prisonnier par rapport aux restrictions imposées, et du degré d'incertitude en ce qui concerne les autres restrictions éventuelles.

L'application des sanctions et la primauté du droit

A mon avis, non seulement les sanctions doivent-elles être annoncées, mais leur application doit être supervisée par un organisme judiciaire. En outre, le juge doit annoncer non seulement où et quand les sanctions seront appliquées mais leur teneur même. Les conséquences découlant de la séparation des fonctions adjudicative et administrative (sentences judiciaire et post-judiciaire) démontrent suffisamment la nécessité d'une supervision judiciaire de l'application de la sentence. Bien qu'il soit impossible d'examiner ici toutes les conséquences qui découlent de la séparation actuelle de ces deux fonctions, je me pencherai sur certains des effets les plus néfastes afin de démontrer la nécessité d'un changement.

Comme l'ont signalé de nombreux auteurs d'écrits dans ce domaine, la dénonciation est un élément important de la peine. Le fait d'annoncer publiquement qu'une personne a été reconnue coupable d'un acte criminel (ou même qu'elle en a été accusée) l'humilie profondément. Comme la supervision de la publicité n'entre pas dans les fonctions du tribunal chargé de rendre un jugement, la mesure dans laquelle l'intéressé sera couvert d'opprobre dépend dans une très large mesure des caprices des médias. Naturellement, il doit en être ainsi jusqu'à un certain point afin de ne pas porter atteinte à la liberté d'expression de l'opinion. Cependant, si les tribunaux étaient autorisés à préciser le genre de publicité permis, cela influerait considérablement sur l'effet de l'annonce et l'égaliserait dans la mesure du possible entre les différentes catégories d'infracteurs. A l'heure actuelle, au Canada, les seuls pouvoirs judiciaires importants en matière de publicité sont les pouvoirs négatifs prévus à l'article 467 du Code criminel, soit le pouvoir d'interdire la publicité jusqu'à ce que le prévenu soit renvoyé pour audience préliminaire, le pouvoir d'offrir la protection de l'anonymat aux mineurs, et certains pouvoirs discrétionnaires (contestés dans les précédents ayant force de loi) quant à la décision d'exiger ou d'autoriser la tenue d'audience à huis clos.

Un deuxième problème tient au fait qu'il n'existe aucune correspondance directe entre l'annonce et l'application des sanctions. Actuellement, les juges n'ont aucun moyen de savoir quelles sanctions seront appliquées à l'accusé pendant la durée de son incarcération. En outre, sauf dans des cas très exceptionnels, le juge ne sait pas exactement ce qui advient de la personne qu'il condamne pour infraction. Comment l'intéressé se comporte-t-il en prison? Commet-il une nouvelle infraction? Quels efforts déploie-t-il pour se réadapter? et ainsi de suite. Pour ces raisons, notamment, on compare le juge auquel incombe la désagréable et onéreuse tâche de prononcer une sentence contre un accusé à un golfeur qui joue par une journée de brouillard.

Le régime carcéral canadien est doté d'une bureaucratie qui détermine les modalités d'application de la sentence prononcée. Comme nous l'avons vu, cette bureaucratie n'est pas tenue de se conformer aux normes judiciaires. En effet, ses pouvoirs sont considérables: en Alberta, une sentence de deux ans moins un jour peut être réduite à quatre mois si l'administrateur du "programme d'absences temporaires" le juge à propos. On maintient l'ordre dans les prisons principalement à l'aide du système de la réduction statutaire des peines. Par sa "bonne conduite" (telle que définie par les autorités carcérales) le prisonnier "se mérite" une réduction du tiers de sa peine. Pour cette raison et du fait que les privilèges en matière de classement et le transfert des prisoniers (voir Bruce et autres et Yeomans et autres (1980) 102 D.L.R. 3e p. 267 (Cour fédérale)) sont entièrement à la discrétion des autorités carcérales, la sentence prononcée par le tribunal a une incidence limitée sur les conditions d'emprisonnement de l'intéressé.

Une troisième conséquence de la disjonction de ces deux éléments, la sentence judiciaire et la sentence post-judiciaire, est le caractère nettement arbitraire de l'"effet de dissuasion" de la sentence prononcée. A l'époque déjà lointaine où nos lois ont été rédigées, toute la collectivité était au courant du déroulement d'un procès. Il n'y avait ni télévision ni radio. Les tribunaux étaient donc une importante source de distraction ainsi qu'un instrument d'instruction et les procès étaient en quelque sorte des rites publics auxquels tous participaient. On pouvait effectivement parler alors de l'effet de dissuasion d'une sanction sur ceux qui pourraient être tentés de commettre une infraction analogue. Dans le cas d'une infraction extrêmement grave, on peut encore parler de l'"effet de dissuasion" de la sentence prononcée, alors même qu'il est difficile de le mesurer.

Toutefois, dans le cas de la plupart des procès au criminel, le tribunal ne peut influencer d'aucune façon l'effet de dissuasion de la sentence prononcée, car il ne peut exercer un contrôle ni sur l'effet de l'annonce ni sur les

sanctions qui seront effectivement appliquées. A cause de ce manque de contrôle, le public n'a aucune idée des effets concrets d'une sentence prononcée contre la personne reconnue coupable d'une infraction. Cela pose d'autant plus de problèmes que les membres du public sont justement ceux que l'on cherche à dissuader.

Il y a un autre problème qui tient à ce que des peines d'emprisonnement identiques n'ont pas le même effet sur tous les intéressés. La pratique actuelle qui consiste à imposer une peine d'emprisonnement plutôt que de préciser les sanctions à appliquer donne certains résultats absurdes. Prenons l'un des exemples les plus frappants. A prime abord, il n'y a pas de raison de priver tous les détenus hétérosexuels de toute activité sexuelle alors les détenus homosexuels et bisexuels ne le sont pas (ou sont loin de l'être dans la même mesure). Il semblerait juste et raisonnable de prendre à cet égard, dans chaque cas particulier, une décision fondée sur des motifs sérieux. Des différences analogues existent en ce qui concerne l'accès à la formation, à la thérapie et aux installations de loisir, l'application du "code du détenu" et, de façon générale, tous les divers maux et problèmes liés à la vie en milieu carcéral.

En outre, sous le régime actuel, le juge prononce la sentence sans posséder suffisamment de renseignements. Lorsqu'un infracteur qui a déjà un casier judiciaire comparaît devant un tribunal canadien, en général, ni l'infracteur ni le juge n'ont accès à un rapport suffisamment détaillé sur les faits entourant les infractions antérieures, sur la nature et les effets (s'il en est) des sanctions déjà appliquées, ou sur le comportement de l'intéressé dans l'intervalle. Au mieux, cela aboutit à un chevauchement d'activités. Habituellement, le résultat est un ensemble de renseignements faux, inexacts ou incomplets sur lesquels le juge se fonde pour prononcer la sentence. Fait déplorable mais facile à avérer, les juges tolèrent cet état de chose. Ils cesseraient vraisemblablement de le tolérer s'ils participaient au processus au-delà de l'étape de l'annonce de la sentence imposée.

Qui devrait être chargé de la surveillance judiciaire?

Si l'application des sanctions était assujettie à une surveillance judiciaire, cette tâche devrait-elle être confiée aux tribunaux ordinaires ou à des organismes spécialisés dans l'imposition des peines, composés de personnes comme, par exemple, les experts actuellement cités comme témoins? Pour des raisons d'ordre à la fois pratique et moral, j'adopte la conclusion à laquelle est arrivé le juge de la Cour fédérale des États-Unis, Marvin Frankel, dans son livre Law Without Order:

> Bien que toute modification apportée aux pratiques en matière d'imposition des peines soit probablement une amélioration, je doute qu'il soit possible ni d'ailleurs souhaitable d'enlever aux hommes de loi toute responsabilité et tout pouvoir en cette matière.[7]

Je présenterai tout d'abord, à l'appui de cette conclusion, quelques arguments d'ordre pratique. Ils porteront moins à controverse, je crois, que l'argument hybride d'ordre moral que j'avancerai par la suite. Le juge Frankel lui-même apporte les arguments suivants à l'appui de la conclusion susmentionnée: l'importance de la tradition dans l'observation de la sentence prononcée; le fait que l'imposition des peines met en cause divers problèmes spécifiquement juridiques; et le manque évident de compétence des "spécialités connexes", du moins à ce jour.

Il existe une autre considération dont on ne tient pas suffisamment compte: l'économie fautive de l'information qui tient à ce que ceux qui jugent les faits ne sont pas ceux qui prononcent la sentence. Si (comme le professeur Sheldon Glueck l'a proposé pour la première fois dans son livre Crime and Justice publié en 1936) on décidait de créer un comité sur l'imposition des peines composé d'un juge, d'un psychiatre ou psychologue et d'un sociologue ou pédagogue, ce comité devrait entendre tous les témoignages présentés lors du procès afin d'obtenir les renseignements requis. Ou alors, il faudrait préparer à son intention une constatation des faits et en donner les raisons par écrit avant chaque décision afin d'assurer une sentence juste et équitable. Toutefois, cela entraînerait des retards intolérables dans presque toutes les affaires le moindrement compliquées. Or, presque tous sont d'accord pour reconnaître que les retards sont déjà considérables. Comme l'a dit Francis Bacon, "C'est la justice expéditive qui est la meilleure".

Pour prévenir une objection évidente que l'on pourrait formuler ici, précisons que le coût net de la surveillance judiciaire serait vraisemblablement peu considérable. En fait, il pourrait en résulter une économie nette de fonds. En premier lieu, la surveillance judiciaire de l'application des sanctions remplacerait les commissions des libérations conditionnelles, ce qui entraînerait une réduction considérable des heures-personnes supplémentaires

---

7 Frankel, Marvin, Law Without Order, p. 55.

requises. En deuxième lieu, comme on l'a déjà dit, la participation plus étroite de l'appareil judiciaire au processus permettrait de réaliser d'importantes économies d'information. En troisième lieu, le coût de l'emprisonnement est maintenant si élevé (au bas mot, 25 000 $ par an et par personne au Canada)[8] que même une faible amélioration de l'efficacité des sanctions (soit une faible réduction du taux de récidive) donnerait lieu à des économies considérables qui à leur tour justifieraient l'affectation de ressources plus importantes au processus d'application des sanctions. Par exemple, une économie annuelle de trois années-personnes en prison justifierait, sans faire ni perte ni profits, la création d'un poste doté d'un salaire annuel de 75 000 $. Par ailleurs, ces calculs ne tiennent pas compte des économies que représentent les crimes non-commis, ni les avantages, fort importants, qui ne se mesurent pas en argent - y compris la justice elle-même.

---

8 En ce qui concerne le coût de l'emprisonnement, les chiffres cités diffèrent considérablement. Par exemple, Daniel Baum dans Discount Justice donne un chiffre estimatif de 14 000 $ à 17 000 $ par an (pages 35, 65, et 71). Ce chiffre est vraiment très bas. Baum reconnaît cependant, à la page 65, qu'il ne représente que les "frais directs". Apparemment, il ne comprend pas les frais généraux (salaires des employés, frais administratifs et frais liés aux installations). Les chiffres fournis dans le rapport Moyer récemment publié par le gouvernement de l'Alberta ont sans doute le même défaut mais il est impossible de s'en assurer parce que les bases de leur calcul ne sont pas fournies.

Encore une fois, d'après le Sous-comité MacGuigan (voir les Procès-verbaux de la Chambre des communes du 7 juin 1977, p. 937) "la détention d'un détenu de sexe masculin dans une prison à sécurité maximale coûte aujourd'hui 17 515 $ par an".

La trop grande précision de ces chiffres devrait au moins nous mettre sur nos gardes.

Toutefois, il suffit d'une simple contre-vérification pour établir à quel point ce chiffre estimatif est inférieur au coût réel. A la page 986 des Procès-verbaux, le Sous-comité signale qu'au 12 avril 1977, le rapport personnel-détenus dans les pénitenciers fédéraux du Canada était de 1:0,994. (Ce chiffre estimatif ne comprend que les frais liés au personnel du Service canadien des pénitenciers et apparemment ne tient pas compte des salaires des employés embauchés par le ministère du Solliciteur général qui s'acquittent de certaines fonctions conjointement avec le SCP, des sommes versées à la GRC, des frais liés aux services de libération conditionnelle et autres services auxiliaires, etc.)

Même en tenant compte des restrictions susmentionnées, en supposant que le traitement annuel des employés du Service des pénitenciers s'élève en moyenne à 15 000 $ par an, mis à part les frais généraux qui se rattachent aux installations et en présumant un chevauchement considérable, il faut que le coût par prisonnier s'élève au bas mot à 25 000 $. A mon avis, il se situe plutôt entre 35 000 $ et 40 000 $.

Il y a lieu de noter en outre que même les chiffres non corrigés cités ci-dessus sont exprimés en dollars de 1977 et doivent donc être majorés d'au moins 35% pour tenir compte de l'inflation de 1977 à 1980.

Comme Baum le fait remarquer, il existe un nombre considérable de frais indirects, (tels que subvenir aux besoins d'existence de la famille d'un prisonnier vivant de l'assistance sociale), sans compter un nombre considérable de frais non quantifiables.

La surveillance judiciaire de l'application des sanctions et le droit d'appliquer des sanctions

Les considérations d'ordre pratique sont importantes, mais les questions d'impartialité et de justice le sont encore davantage. C'est pourquoi un bon nombre de personnes bien intentionnées souhaitent que les sanctions soient annoncées et leur application surveillée non par les tribunaux ordinaires, mais par une sorte de comité d'experts. Ces personnes soutiennent qu'étant donné la nécessité de modifier le comportement inacceptable des criminels, ceux qui décident de leur sort devraient être des experts en comportement humain et non des hommes d'un certain âge versés dans le droit. A mon avis, cet argument ne tient pas compte de la nature de la décision d'imposer des sanctions prévues par la loi. D'après moi, la simple supposition que nous avons le droit d'appliquer des sanctions à une personne laisse entendre que la décision en ce qui concerne les sanctions à appliquer doit reposer à la fois sur l'appréciation des éléments de preuve (y compris naturellement, les témoignages des experts) et sur l'application des présomptions en matière de preuve. Etant donné ces éléments essentiels, la présence de compétences judiciaires est une condition nécessaire (même si elle n'est pas toujours suffisante) à la prise de toute décision judicieuse en matière de sanction.

Le droit d'appliquer des sanctions et les exigences en matière de preuve

En supposant que nous avons le droit de punir un infracteur, de quel sorte de droit s'agit-il? On ne peut que résumer ici une réponse quelque peu

complexe.[9] Alors même que nous revendiquons le droit d'appliquer des sanctions fondées sur des principes d'ordre moral, il s'agit en fait d'un droit dérivatif fondé sur le principe de la légitime défense. Il ne s'agit pas d'un droit naturel. Si la santé corporelle de la victime n'est pas en danger, il peut y avoir de bonnes raisons de punir l'infracteur. Toutefois, s'il y a de bonnes raisons du point de vue de l'intérêt personnel économique d'individus ou de groupes, cela ne suppose pas le fait qu'il existe des droits corrélatifs sur le plan moral.

Il y aurait donc lieu d'établir les présomptions en matière de preuve suivantes:

1) Dans le cas d'une infraction contre la personne, c'est au défenseur qu'il incombe de démontrer qu'une sanction donnée ne doit pas être imposée;

2) Toutefois, dans le cas d'une infraction contre les biens, c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer qu'une sanction donnée doit être imposée.

Ces conclusions, certes, sont importantes, bien qu'elles n'aient rien d'étonnant. Par ailleurs, elles laissent entendre que le recours à des compétences spécifiquement juridiques ne cesse pas lorsque l'infracteur est condamné.

Exigences en matière de preuve et recours aux compétences des juristes

Les compétences des juristes revêtent une importance capitale en matière d'imposition des peines, et ce, pour deux raisons principales. Premièrement, les experts ne sont pas tous du même avis. Par conséquent, il faut entendre et apprécier leurs témoignages. Les modifications proposées ci-dessus, loin de reléguer les experts à un arrière-plan abstrait, accroîtraient considérablement la pertinence et la fréquence de leur dépositions. L'avocat de la défense et le procureur de la Couronne, pour prouver que des sanctions données sont appropriées, devraient présenter des preuves (habituellement sous forme de dépositions de témoins-experts ou de rapports) à l'appui ou à l'encontre des sanctions proposées et de leurs effets restrictifs. Un autre groupe de spécialistes - administrateurs des prisons, gardiens, agents de libérations

---

9 L'auteur étudie cette question en détail dans le texte intégral du document intitulé Punishment and the Rule of Law.

conditionnelles, etc. - seraient également appelés à jouer un rôle public beaucoup plus important. Si certaines sanctions prévues s'avéraient peu pratiques ou impossibles à appliquer, ils seraient obligés de demander au tribunal de les décharger de cette tâche. Par conséquent, il n'y aurait pas une seule catégorie d'experts dont la déposition revêtirait une importance décisive quant à l'applicabilité d'un ensemble donné de sanctions. Il s'agit plutôt de l'accomplissement d'une tâche qui revient normalement aux juristes, soit d'analyser la pertinence de témoignages très divers et qui sont reliés, comme le philosophe John Wisdom l'a si bien dit, non comme les maillons d'une chaîne, mais comme les pieds d'une chaise.[10] Deuxièmement, il faut examiner les témoignages des experts à la lumière des présomptions en matière de preuve. Par ailleurs, la décision même d'appliquer une présomption donnée en matière de preuve suppose notamment que l'on précise, sur le plan juridique, la nature de l'infraction.

Pour les deux raisons précitées, le recours aux compétences des juristes est essentiel à la plupart des décisions en matière de sanctions à appliquer aux personnes reconnues coupables d'une infraction. Cela ne veut pas dire, cependant, qu'il ne serait pas souhaitable d'avoir recours à d'autres compétences professionnelles en matière d'imposition des peines. Toutefois, bien qu'il existe des connaissances spécialisées d'utilité particulière pour le processus de détermination des sanctions à appliquer et pour l'application de ces dernières, connaissances que tous les juges devraient posséder, nous n'avons pour l'instant aucune idée de ce en quoi elles consistent. Par ailleurs, il est peu probable que nous accumulions un ensemble de connaissances utiles tant que nous continuerons à appliquer les pratiques actuelles, c'est-à-dire à condamner les infracteurs à être incarcérés dans des établissements qui ne les garderont peut-être pas, pour des périodes de temps qui ne seront pas nécessairement respectées, et où leur sont appliquées des sanctions que nous ne pouvons déterminer d'avance, et dont nous ne pouvons contrôler les modalités d'application ni vérifier l'application rétrospectivement.

Mécanismes de la surveillance judiciaire

Dans le cas d'une mauvaise application des sanctions imposées, le recours prévu prendrait la forme d'un mandamus (c'est-à-dire une injonction à un fonc-

---

10 Wisdom, J. "Gods", dans Kaufman, éd., Religion From Tolstoy to Camus, p. 391 à 397: "...le processus d'argumentation n'est pas une chaîne de raisonnements démonstratifs. C'est une présentation et une représentation des aspects d'une affaire qui tous mènent à une conclusion donnée... il y a l'effet cumulatif de plusieurs prémisses distinctes".

tionnaire d'accomplir son devoir). Par conséquent, un certain nombre de questions se posent. Qui devrait avoir le droit d'invoquer un tel recours? Quels mécanismes de sélection y aurait-il lieu de prévoir, le cas échéant, afin d'empêcher des applications frivoles? Comment veiller à ce que cette procédure soit raisonnablement expéditive? Comment s'assurer que le mécanisme n'entravera pas la prise de mesures rapides par les autorités en cas de besoin? (A cette fin, on pourrait réduire la durée de la peine ou prévoir une compensation pécuniaire s'il est constaté que les sanctions n'ont pas été appliquées selon les instructions du tribunal).

On pourrait discuter longuement de ces questions. Toutefois, je voudrais simplement souligner ici qu'aucune de ces questions ne présente des difficultés insurmontables ou même graves.[11] Il ne sera pas non plus au-dessus des capacités de ceux qui rédigent les lois d'apporter les modifications nécessaires au Code criminel (et aux lois connexes).

Conclusion

Les propositions avancées dans ce document font appel, en définitive, à des considérations d'ordre moral. J'estime cependant que les préceptes énoncés ci-dessus sont justifiés étant donné certains principes d'ordre moral dont l'application est par ailleurs logique et nécessaire (et sans laquelle aucune cohérence n'est possible à l'intérieur d'un système d'application des sanctions) et selon lesquels, notamment:

- Les cas analogues devraient bénéficier d'un traitement analogue.

- Les déclarations faites par les autorités publiques (par exemple, les annonces des sentences imposées) ne devraient pas être trompeuses.

- Les personnes auxquelles il a été décidé d'appliquer des sanctions devraient normalement en connaître les raisons.

- Nullum crimen, nulla poena, sine lege

---

11 Alors même que, dans la pratique, l'article 664 du Code criminel (dans lequel sont exposées les conditions typiques de la probation) est lettre morte, c'est un article de cette sorte qu'il y a lieu d'adopter. En outre, il faudra y incorporer une disposition prévoyant une présomption en matière de preuve afin d'assurer l'application des dispositions législatives et apporter un soin particulier à la rédaction de ces dernières.

Ces maximes sont en harmonie avec l'axiome selon lequel l'application des sanctions ne témoigne pas nécessairement d'un manque d'intérêt à l'égard de la personne en cause. Peut-être, si nous portions une plus grande attention aux conséquences de l'application des sanctions, cette pratique serait-elle plus souvent considérée comme impartiale et utile par tous ceux qu'elle touche:

> Pour le criminel, le monde est entièrement peuplé d'ennemis. Par conséquent, les sentiments de haine qu'il porte en lui et son comportement destructeur sont dans une large mesure justifiés - et cette attitude atténue quelque peu ses sentiments inconscients de culpabilité.[12]

---

12 Klein, "On Criminality", dans Klein, ouvrage précité, p. 16.

LES DROITS DES DÉTENUS: LA JURISPRUDENCE ET SES CONSÉQUENCES SUR LES PRISONS ET LES PÉNITENCIERS

Jim Phelps
Directeur général régional
Région des Prairies
Le Service correctionnel du Canada
Saskatoon, Saskatchewan

Ces dernières années, le Service correctionnel du Canada a reconnu la nécessité et adopté des mesures visant à protéger les droits des détenus. Le recours à la jurisprudence et les efforts qui ont été faits pour réformer le système correctionnel en faisant appel aux tribunaux ont largement renforcé la légalité de nos décisions mais, en termes d'amélioration quant au fond des droits des détenus, les véritables progrès ont été faits par le pouvoir législatif et par les administrateurs qui se sont efforcés de mettre en pratique les principes et les droits fondamentaux. De la même manière, l'amélioration future des droits des détenus et les mesures prises pour les sauvegarder dépendront moins de l'intervention des cours que de l'engagement que prendra le gouvernement vis-à-vis de la protection des droits de la personne en général.

Dans son exposé, Michael Jackson nous donne un excellent aperçu du développement de la jurisprudence au cours des 200 ou 300 dernières années en ce qui a trait aux prisons et aux pénitenciers. Son exposé souligne bien la faible incidence relative de la jurisprudence au Canada comme aux États-Unis. Il n'en reste pas moins que les sytèmes correctionnels des États-Unis et du Canada ont bien progressé dans la voie du respect de la procédure légale au

sujet des décisions prises touchant les détenus. Aujourd'hui, les détenus se voient accorder une audience par les présidents indépendants des comités de discipline au sein des établissements. Ils ont le droit d'être assistés lors des audiences en vue de libérations conditionnelles. Lorsque les détenus sont transférés dans la région des Prairies, les motifs de cette décision leur sont fournis.

On s'efforce de respecter les procédures légales et de donner au système de prise de décision une apparence de crédibilité aussi bonne que possible. À mon avis, et je pense que cela vaut pour la plupart des administrateurs au sein du système, les décisions prises, dans le cas des transferts par exemple, sont pour la plupart jugées acceptables par les détenus. On a enregistré très peu d'appels ou de griefs dans ce domaine. Mais l'impression qu'en retirent le détenu et la direction est meilleure si les responsables sont en mesure d'expliquer pourquoi ils ont agi comme ils l'ont fait et s'ils entendent le détenu en partance, idéalement avant que le transfert n'ait lieu.

Le recours à la jurisprudence et les efforts qui ont été faits pour réformer le système correctionnel en faisant appel aux tribunaux ont largement renforcé la légalité de nos décisions mais, en termes d'améliorations quant au fond des droits des détenus, les véritables progrès ont été faits par le pouvoir législatif, et par les administrateurs cherchant à appliquer des principes et des droits acceptés par la communauté. Par l'intermédiaire de la législation, le gouvernement confère tout à fait légitimement des droits aux détenus. Il est possible de recourir au système judiciaire pour les faire appliquer et, ce faisant, on accorde aux cours la possibilité de définir et, dans une certaine mesure, d'étendre ces droits. Il n'en reste pas moins que ces droits sont fondamentalement accordés par le gouvernement si l'on veut qu'ils existent au départ.

On trouve un bon exemple des relations existant entre le gouvernement et les cours dans ce domaine en ce qui concerne les fouilles à nu en Colombie-Britannique. La Cour a jugé que l'on ne pouvait pas procéder à une fouille à nu mais ce type de fouille revêtait une telle importance pour le fonctionnement à la base de l'établissement pour la sécurité du personnel et des détenus que le Cabinet a très rapidement changé la loi pour rendre de nouveau légales les fouilles à nu. C'est le sort qui sera vraisemblablement réservé à toute décision judiciaire qui, compte tenu de la loi existante, refuse à l'administration le recours à une technique ou à une procédure absolument indispensable à son bon fonctionnement et à la prise en charge des détenus. Dans un tel cas, le gouvernement du jour devra modifier la loi en cause.

La question de la vérification du courrier dans les établissements illustre elle aussi cette situation. Il suffira qu'un avocat fasse parvenir dans une lettre quelque chose de dangereux pour qu'on ne nous dise plus de ne pas ouvrir les lettres. Il faut constamment ménager un certain équilibre entre les besoins de la sécurité et le respect des droits individuels en faisant toujours pencher la balance en faveur du gouvernement, qui est chargé au départ de faire fonctionner les prisons.

L'article de la Loi canadienne sur les droits de la personne qui confère aux détenus et à tous les citoyens le droit d'examiner les renseignements figurant dans leur dossier et en vertu desquels les décisions les concernant sont prises, illustre bien le changement fondamental survenu en matière de droits des détenus. Cela a bouleversé complètement environ 150 années de politique de confidentialité prévue par le système canadien. Traditionnellement, lorsqu'à l'intérieur du système un agent de police remettait un rapport aux fonctionnaires des prisons leur indiquant ce qu'il pensait d'un détenu et des liens avec le crime qu'il lui prêtait, ce dernier n'avait absolument pas la possibilité d'en prendre connaissance. La police pouvait être sûre que le détenu ne verrait jamais ce rapport. De la même manière, lorsque la femme ou l'avocat d'un détenu nous fournissait des renseignements, le détenu ne pouvait espérer en prendre connaissance. Une grande partie de notre préparation dans le domaine de la gestion des cas partait du principe que la confidentialité serait toujours observée. La Loi sur les droits de la personne a changé tout cela du jour au lendemain. En conséquence, du jour au lendemain, les rapports de police n'ont plus été fournis. Même aujourd'hui, les rapports de police ne sont plus que l'ombre de ce qu'ils étaient. Nous les recevons d'ailleurs à grand peine, après avoir expliqué longuement à la police que ces rapports ne seraient pas communiqués aux détenus s'ils abordaient des sujets délicats ou si la sécurité du pays ou le bien-être d'une personne donnée était en jeu. La bataille s'est révélée ardue et, d'ailleurs, la Loi canadienne sur les droits de la personne continue à s'appliquer et les détenus ont accès à leur dossier. Nous continuons à accéder à la grande majorité des demandes d'information. C'est un droit qui a été fixé par la Loi, que les tribunaux peuvent faire respecter et qui sera probablement en outre inséré dans la Constitution. En fin de compte, à mon avis, les droits des détenus seront fixés, soit par la législation du moment, soit par les administrateurs du moment, et non par les tribunaux.

Lorsque je parle des droits des détenus, je dois aussi me reporter aux conventions internationales que le gouvernement du Canada a signées. La plus connue d'entre elles est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui comprend un protocole facultatif. Tout cela part du principe que le détenu conserve tous les droits du citoyen ordinaire à l'exception de

ceux qui lui sont expressément retirés par la Loi ou qu'il perd nécessairement du fait de son incarcération. Le Pacte dresse par ailleurs la liste d'une centaine de droits de base que le détenu doit conserver. Le régime fédéral du Canada a pris d'importantes mesures pour faire respecter ces droits, dans de nombreux cas par l'intermédiaire de la législation et, dans les autres, au moyen des Directives du Commissaire. La différence, comme nous l'avons déjà vu, c'est que l'on ne peut demander à une cour de justice de faire respecter l'application des Directives du Commissaire; du moins, pas encore.

Les autres conventions signées par le Canada sont les normes minimales des Nations Unies sur le traitement des détenus et la déclaration des États-Unis sur la protection de l'ensemble des personnes contre la torture et contre tout autre traitement ou châtiment cruel, inhumain ou dégradant. Nous avons fait d'importants efforts pour que notre système se conforme à ces règles. Les procédures que nous avons adoptées pour faire appliquer les droits fondamentaux reconnus par les conventions internationales ont été jugées acceptables par les Nations Unies. À mon avis, les progrès réalisés sur le plan des droits ont été considérables au cours des six dernières années et continueront à l'être avec la nouvelle Constitution.

Cela nous amène à l'autre volet des droits des détenus. Rien ne sert d'accorder des droits si l'on n'a pas les moyens de les faire appliquer. Si le détenu n'a pas de possibilités de recours pour faire en sorte que ces droits soient respectés, autant qu'il n'ait pas de droit du tout. Il n'a qu'un chiffon de papier. Là encore, le ministère du Solliciteur général dans son ensemble, et le Service correctionnel du Canada en particulier, ont pris très activement des mesures pour s'assurer que ces droits sont respectés. Le moyen le plus courant de faire respecter ces droits est de recourir à une procédure de grief normale. À en juger par les milliers de recours à cette procédure, je peux dire que les détenus la considèrent comme un bon moyen de faire valoir leurs droits.

Le système que nous avons est unique au monde. Dans le système fédéral, le détenu commence par déposer officiellement une plainte. Le principe veut que la personne qui a pris la décision se voit en premier lieu accorder la possibilité de rencontrer le détenu afin de changer sa décision si elle estime qu'elle doit être changée. Un grand pourcentage de griefs s'arrête au stade de la plainte. D'une façon ou d'une autre, l'agent en cause en vient avec le détenu à une décision acceptable pour tous. Si cette procédure échoue, un grief officiel est alors déposé. La première étape est celle du Comité des griefs. Cette étape apparaît elle aussi relativement démocratique, le Comité se chargeant d'examiner le cas et une décision étant prise au sujet du grief.

La plupart des griefs portés à l'attention du Comité ne vont pas plus loin. Si la décision n'est pas satisfaisante ou si le directeur ne peut l'accepter, ce dernier réexaminera le grief et prendra une décision. Si la procédure ne donne pas satisfaction, le grief sera porté à l'attention d'un organisme extérieur à l'établissement, généralement le Comité consultatif des citoyens. Ce dernier examinera la question et donnera un avis au directeur. Le directeur peut de nouveau considérer sa décision et, si celle-ci ne donne pas satisfaction au détenu, ce dernier peut en référer au directeur général régional. S'il ne lui est toujours pas donné satisfaction à ce niveau, le détenu peut s'adresser au Commissaire, à l'Administration centrale. Très peu de griefs, moins de 5% en pourcentage, parviennent au Commissaire. C'est là un système interne de recours qui, à mon avis, a beaucoup de succès. Je m'aperçois qu'aux États-Unis, les cours n'aiment pas intervenir tant que la procédure de grief n'a pas été menée à son terme. C'est là une façon de décharger les tribunaux tout en permettant aux détenus de disposer d'un moyen de recours.

Une autre méthode très connue consiste à faire appel à l'Enquêteur correctionnel du ministère du Solliciteur général. Ce dernier a le pouvoir d'enquêter, d'évaluer et de recommander, mais ne peut pas dans la pratique modifier une décision. Son rôle est très semblable à celui d'un médiateur et, là encore, le pourcentage de succès est très élevé. Lorsqu'il doit enquêter, une collaboration s'instaure normalement entre lui et (ou) son personnel et l'administration de façon à en arriver à une décision acceptable pour tous qui, soit résout le problème, soit est hautement justifiable eu égard aux circonstances. L'Enquêteur correctionnel n'intervient pas généralement tant que la procédure de grief n'a pas été épuisée même si aucune loi ou aucun règlement ne lui interdit de le faire.

Une autre façon pour les détenus de faire respecter leurs droits est d'écrire tout simplement au Commissaire, au Solliciteur général, à un député ou à un sénateur en lui faisant part de leurs préoccupations. La lettre sera normalement remise au directeur des Affaires des détenus qui étudiera la situation à peu près comme le ferait l'Enquêteur correctionnel. Il s'efforcera de résoudre le problème où il conclura que la Direction n'a pas à modifier sa position. Dans ce cas, le député doit être informé des motifs qui expliquent la décision et de l'enquête qui a eu lieu. J'estime donc que l'on a trois grands types de recours disponibles qui permettent au détenu de faire respecter ses droits avant d'avoir à recourir au système judiciaire. Lorsque tout a échoué, il a le droit de prendre contact avec un avocat et d'en appeler à la justice. La tendance est de plus en plus à insérer les droits des détenus dans la loi. Je considère qu'il s'agit là d'une démarche correspondant à une évolution qui est fonction des principes de base du pays et du gouvernement au pouvoir. Heureusement pour les détenus et pour les citoyens du Canada, le

gouvernement actuellement au pouvoir est très fortement engagé en faveur des droits de la personne. Au cours des six dernières années, d'énormes progrès ont été réalisés qui seront suivis, je pense, de beaucoup d'autres, au cours des deux à trois ans à venir.

LES DROITS DES DETENUS: IMPLICATIONS EN CE QUI CONCERNE LES ADMINISTRATEURS DES ETABLISSEMENTS

Ken Payne
Directeur
Le Service correctionnel du Canada
Etablissement de Joyceville
Kingston, Ontario

Les abus du pouvoir discrétionnaire au sein du domaine correctionnel ne peuvent être tolérés, mais la notion des droits des détenus pose des problèmes très réels et très graves aux administrateurs et au personnel des prisons. Les gardiens de pénitenciers ont la responsabilité fondamentale de protéger non seulement le public, mais aussi les détenus. Parfois, la nécessité de respecter les droits d'un détenu vient s'opposer à la protection des droits d'autres détenus. Les réalités de la vie carcérale et la difficulté d'obtenir des témoignages sur l'inconduite de certains détenus font qu'il est indispensable d'accorder au personnel des prisons un pouvoir discrétionnaire suffisant pour prendre des décisions tenant compte à la fois des droits des détenus concernés, de ceux de ses compagnons et des impératifs de protection de la société.

A mon avis, l'obligation d'agir équitablement en rendant la justice, mais aussi en donnant l'impression de la rendre, nous amène à faire un peu mieux notre travail que nous l'aurions fait auparavant au sein du Service correctionnel du Canada. La notion des droits des détenus n'en soulève pas moins un certain nombre de problèmes bien précis dont je voudrais discuter à partir de ma situation, qui est celle de l'administrateur d'un grand établissement qui réunit 400 personnes.

Nous vivons dans une société que j'ai entendu qualifier avec beaucoup de justesse de "peu confiante". Le système correctionnel ainsi que les établissements au sein desquels nous travaillons se caractérisent par un niveau de confiance encore plus faible. Lorsque l'on ajoute à cela l'extension des droits des détenus et de ceux des travailleurs, le potentiel de tension devient très élevé. J'illustrerai cette situation à l'aide de la métaphore des trois triangles ou des trois cercles qui se déplacent comme le feraient des amibes à l'intérieur de leur propre monde. En tant qu'administrateur et directeur de l'établissement, il m'incombe de faire en sorte que ces petits cercles se rapprochent un peu plus les uns des autres en faisant place à un certain type de solidarité et d'harmonie. Il est difficile d'atteindre ce type d'harmonie lorsque le personnel a conscience de son rôle comme étant contraire aux exigences imposées par la notion des droits des détenus.

Si j'étais agent de sécurité, je m'attendrais à ce que le pouvoir de ramener à la raison les détenus qui ne respectent pas les règles de la prison fasse partie de mon rôle. Ma formation au sein du Collège du personnel de l'Ontario me permettrait de faire face aux situations de crise en exerçant la force nécessaire et appropriée pour limiter l'incident et y mettre fin. On ne m'aurait pas dit qu'une fois l'incident terminé, le détenu pourrait me poursuivre en justice parce que je n'ai pas été gentil avec lui. Des conflits sont possibles et se produisent compte tenu, d'une part, de la formation des agents, de leurs attentes et des nécessités de contrôler les détenus, et d'autre part, de l'ensemble de la notion des droits des détenus.

J'ai pu observer personnellement que du fait de l'extension des droits individuels, un grand nombre de détenus perdent en fait un certain nombre de leurs droits, ainsi par exemple: le droit de purger leur peine comme ils l'entendent, le droit de ne pas se faire prendre de force leurs provisions, et je connais de nombreux détenus privés pendant des mois de cigarettes, de tablettes de chocolat ou de shampooing parce qu'un autre dans la même rangée, plus grand, plus fort ou plus habile qu'eux, leur a tout simplement ordonné de les remettre. Le dircteur ne peut rien prouver dans un tel cas, de même qu'il ne peut prouver, par exemple, qu'un détenu en viole un autre une nuit sur deux. Comment peut-on régler ce genre de problèmes? On ne peut arbitrairement déplacer le détenu qui sème la discorde. On ne peut le faire par simple caprice et je pense que c'est bien ainsi. Mais, d'un autre côté, lorsque l'on sait pertinemment qu'un détenu porte préjudice à d'autres au sein de la prison, j'estime qu'il nous appartient de le transférer dans un autre établissement. D'ailleurs, nous savons bien à quelle occasion et à quel degré le préjudice est causé, non au vu des preuves déposées en justice, mais à partir de l'expérience de travail au sein des établissements et grâce à notre connaissance de la population carcérale. Le type de mesure dont on a besoin

dans un tel cas a été qualifié avec les années de "thérapie Greyhound". Vous faites avancer l'autobus, vous y jetez cinq ou six détenus que vous conduisez jusqu'à un établissement à sécurité renforcée une quarantaine de milles plus loin, et toute l'atmosphère de Joyceville, l'établissement à sécurité moyenne dans laquelle je travaille, devient plus calme. Les détenus qui volaient les biscuits et les tablettes de chocolat sont maintenant partis. Il faudra peut-être attendre six mois pour qu'un autre détenu se mette à nouveau à voler des biscuits et des tablettes de chocolat.

Cet exemple peut paraître ridicule mais je pense qu'il illustre une grande vérité. Chaque détenu a commis un crime, et pour sa punition il est incarcéré, il n'y a pas à sortir de là. L'administrateur de l'établissement doit jouir d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour protéger le détenu. Ce pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé à volonté ou sur un simple caprice et comme nous sommes de plus en plus conscients qu'il convient de faire preuve d'impartialité dans ce domaine, les avocats ont de plus en plus de difficulté à nous traîner devant les tribunaux. Puisqu'ils cherchaient au départ à améliorer le fonctionnement du système, le fait qu'il soit de plus en plus difficile de trouver des motifs permettant de traduire le système correctionnel devant les tribunaux ne doit pas décevoir les avocats et les réformateurs des prisons. Même si ces améliorations sont précieuses pour les détenus et si nous sommes tout à fait d'accord pour dire que le pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé de manière impulsive, il peut arriver parfois qu'une décision apparemment arbitraire soit nécessaire pour protéger la population des détenus contre un individu particulièrement gênant. Enlevez ce pouvoir à l'administrateur et vous le placez dans la position difficile d'avoir à gérer un établissement sans posséder l'autorité nécessaire. Si, par exemple, un détenu décide de se saouler, vous aurez beaucoup de difficulté à prouver que son intention était de se saouler. Malheureusement, j'estime que lorsqu'il est saoul, il est saoul. Je ne peux que constater le fait et je sais très bien que si je le laisse déambuler, assez imprudemment, dans cet état, tôt ou tard lui ou quelqu'un d'autre va être blessé. Il me faut prendre des mesures à son encontre. Et que peut-on faire? On le place en isolement administratif. De l'extérieur, cette mesure peut sembler cruelle et l'on peut y voir un châtiment inhabituel mais, d'un autre côté, nous avons 399 autres détenus qui doivent être protégés alors que cette personne est saoule et se conduit mal. C'est ce genre de situation qui frustre le directeur, l'agent de sécurité ou l'agent de classement dans son travail.

L'extension des droits des détenus, d'une part, et des droits des employés, d'autre part, ne peut que nous mener à une situation de conflit toujours croissante. Le comité des griefs constitue une bonne solution de rechange à ce type de confrontation. Ce comité se compose paritairement de

membres du personnel et de détenus et permet, dans la pratique, de prendre des décisions en commun. Le comité des griefs ne statue pas toujours en faveur du détenu. Les détenus jugent leurs camarades en fonction de critères communs. Un détenu dira: "J'ai à me plaindre, je n'ai pas été traité justement" alors que son camarade, après l'avoir bien regardé, lui répondra: "Hey Harry, faut pas exagérer". Le détenu ne peut prétexter dans un tel cas que ses droits ont été foulés au pied par "l'ennemi" et les tensions, trop fréquentes entre le personnel et les détenus, n'en sont pas exacerbées.

Le problème de l'équilibre entre les droits des individus et les impératifs de la sécurité ne disparaissent pas pour autant par enchantement du fait de la création de comités de détenus. En différents points du système, des pressions divergentes s'exercent d'une part en vue du renforcement de la sécurité et, d'autre part, de la protection des droits individuels. Au sein de l'établissement, nous faisons l'objet des pressions des détenus, qui exigent que l'on protège leurs droits individuels, et de la frustration des agents correctionnels, qui ne se sentent pas appuyés dans leurs efforts sur le plan de la sécurité. Parfois, nous faisons l'objet des critiques de la presse. Nous faisons face au dilemme consistant à contrebalancer les droits des individus et les nécessités de la sécurité dans nos rapports avec les visiteurs comme avec les détenus. Ainsi, par exemple, la question de la fouille à nu implique un pouvoir discrétionnaire vis-à-vis des visiteurs extérieurs. Je n'aime pas obliger une femme qui rend visite à l'établissement en compagnie d'un joli bébé, à se soumettre à une fouille à nu, mais on a vu des cas où les couches du bébé étaient pleines de valium. On a vu des cas où une femme avait caché dans son soutien-gorge, ses bottes ou dans une autre partie de ses vêtements, de grandes quantités de drogues interdites. Lorsque 200 pilules de valium entrent en fraude dans l'établissement et sont partagées par 15 détenus, on peut s'attendre à des dégâts. Il se peut que nous retrouvions une petite partie de la drogue ainsi passée, mais l'on ne peut arrêter de faire en sorte qu'elle ne puisse entrer en fraude dans l'établissement. Certaines sanctions sont nécessaires. Malheureusement, pour les faire appliquer, il nous faut parfois enfreindre des droits individuels, tel que celui de l'intimité. Personne n'accepterait de bon gré à se soumettre à un ordre d'enlever ses vêtement avant de pouvoir rendre visite à un parent dans d'un établissement, mais un juste équilibre doit exister entre le respect des droits civils et les impératifs de sécurité.

D'un autre côté, je n'aimerais pas en revenir à l'époque où le directeur disposait d'un pouvoir discrétionnaire illimité sur son personnel et sur les détenus. Ce qu'il nous faut, ce sont des directives et une assistance qui nous permettent d'exercer un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire face aux réalités quotidiennes de la prison tout en protégeant, dans la mesure du

possible, les droits individuels des détenus et les droits collectifs du personnel. En outre, ce pouvoir discrétionnaire doit être suffisamment étendu pour que l'on puisse faire face aux problèmes éventuels et prendre les mesures qui s'imposent, non nécessairement sur la base des faits prouvés, mais en fonction des connaissances que nous avons acquises du fait de notre expérience.

Je pense, malheureusement, que compte tenu des réalités de la vie pénitentiaire, il faut nous octroyer la possibilité de nous tromper par excès de prudence. Il est préférable de déplacer cinq ou six personnes, dont quatre de toute évidence agissent de manière pernicieuse au sein de l'établissement alors que sur les deux autres pèsent certains soupçons, en les transférant dans un autre établissement, que de prendre un risque et ne pas toucher aux deux derniers, le prix devant peut-être être payé plus tard sous la forme de petites émeutes ou d'autres voies de faits. C'est là, je suppose, le genre de décision qui accable quotidiennement, jour après jour, les administrateurs des établissements. Sans le pouvoir d'agir d'après l'expérience et en fonction d'intuitions personnelles, on peut en arriver à savoir qui est responsable d'un coup de couteau ou d'une bataille sans pouvoir rien faire pour y remédier. En l'absence de preuves solides, le détenu responsable sera exonéré lors d'une audience et reviendra tout souriant à l'établissement en se moquant du personnel. C'est là une chose frustrante pour le personnel, qui se voit pratiquement neutralisé, n'ayant aucun pouvoir et sachant pertinemment que le même détenu va recommencer et blesser quelqu'un d'autre.

Etant donné l'existence des comités de détenus, des procédures de griefs, de l'Enquêteur correctionnel, ainsi que la possibilité pour les journalistes de visiter nos établissements quand ils le désirent, il me semble que les détenus peuvent très bien se faire entendre du public. En outre, la philosophie actuelle du Service assure à tout le monde, par l'intermédiaire du Comité consultatif des citoyens, la possibilité de rendre visite à nos établissements quand il le désire. Nous ne cherchons pas à cacher quoique ce soit. Le système n'est pas parfait, mais il tient compte dans une très large mesure des droits des détenus comme le prouve la brochure, Les droits des détenus, publiée à l'échelle du pays. Certains droits, tel que le droit de pratiquer la religion de son choix, peuvent apparaître comme de bien petites concessions mais même ce "droit" peut causer des difficultés aux administrateurs des établissements. Imaginons, par exemple, un détenu dont la religion est l'adoration du diable. Il s'intéresse à l'occultisme et désire pratiquer un sacrifice. Quelles sont les limites que l'on va fixer? Il nous faut être prudents dans ce genre de cas car nous n'avons pas toujours accès à des gens particulièrement stables et l'autorisation de telles pratiques pourrait nous mettre dans de grandes difficultés.

Etant donné les problèmes particuliers aux pénitenciers et aux prisons, le fait de respecter à la lettre la législation écrite, quelles que soient les circonstances, peut entraîner, dans certains cas, des conséquences désastreuses. La sémantique, le langage dans lequel est rédigée la législation, est peut-être bien à la source des problèmes rencontrés au sujet des droits individuels. Plus la législation est stricte et plus il nous est difficile, dans une certaine mesure, de faire notre travail. D'un autre côté, je pense que les détenus bénéficieront de notre application plus consciencieuse des droits des détenus et, personnellement, je me félicite d'avoir à compenser l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le respect des droits des détenus. En qualité de travailleur dans le domaine correctionnel, de directeur d'établissement pénitentiaire, d'ancien enseignant et d'administrateur responsable, je ne veux pas d'un travail qui m'amène constamment et arbitrairement à "avancer l'autobus". C'est là un recours occasionnel et, lorsque l'on a recours à cette mesure, ce ne doit pas être à la légère.

STRUCTURE DE L'ORGANISATION ET PRISE DE DÉCISION

John Ekstedt
Département de Criminologie
Université Simon Fraser
Burnaby, Colombie-Britannique

Les organisations ont la capacité, comme tout organisme vivant, de s'opposer ou de résister aux tentatives de changement de leur nature ou de leur structure fondamentales. En conséquence, pour réussir, les tentatives visant à réformer une organisation ou un système doivent s'accorder avec leur nature fondamentale. En ce qui concerne les organisations correctionnelles, les efforts de réforme doivent tenir compte du rôle fondamental que le jugement des individus joue en matière de travail correctionnel. Notre travail n'est donc pas de réduire ou de supprimer le pouvoir discrétionnaire mais d'effectuer des changements qui aideront les individus à exercer leurs pouvoirs discrétionnaires avec prudence et à bon escient.

J'ai l'intention de préciser certaines grandes lignes touchant les relations entre la structure de l'organisation et les prises de décisions discrétionnaires. Je m'efforcerai de rapprocher ces grandes lignes de la dynamique de l'organisation dans le domaine correctionnel. Ce faisant, il sera peut-être possible d'éclairer d'un jour nouveau un certain nombre de problèmes et de questions liés à l'exercice du "pouvoir discrétionnaire postérieur à la décision".

La théorie de l'organisation se révèle parfois utile lorsqu'il s'agit de nous aider à analyser et à comprendre la nature de la "vie" de l'organisation, ce qu'elle s'efforce de faire et la façon dont elle est structurée pour le faire. L'une des façons dont la théorie de l'organisation aborde ces questions se rapproche de la perspective biologique concernant le fonctionnement du corps humain. Cela revient à considérer l'organisation comme un organisme vivant qui possède nombre des caractéristiques touchant l'instinct de conservation, la guérison, l'apprentissage et la croissance que l'on associe aux organismes vivants.

Du point de vue biologique, il est possible de mieux comprendre la nature et les fonctions d'un organisme vivant en étudiant ce qui se passe lorsqu'il est envahi par un corps étranger ou "artificiel". La réaction de cet organisme va nous apprendre beaucoup de choses sur ses systèmes de défense, ses forces et ses faiblesses ainsi que sur ses objectifs et sa fonction au sein de son environnement. En appliquant cette méthode, nous pouvons observer ce qui se passe au sein d'une organisation lorsqu'elle doit faire face à une intervention extérieure s'efforçant de changer ou de modifier son style de vie. En étudiant la réaction de l'organisation face à cette intervention, nous pourrons peut-être apprendre quelque chose sur sa nature véritable et, en conséquence, tirer certaines conclusions touchant ses objectifs et sa viabilité au sein de son environnement.

L'histoire récente nous montre que les organisations correctionnelles ont dû faire face à de nombreuses interventions extérieures, nombre d'entre elles ayant entraîné une réaction. Ces interventions ont pris la forme de programmes de rechange, d'autres structures permettant la fourniture de services, de nouvelles techniques thérapeutiques et de différents autres changements au niveau opérationnel. Plus récemment, les interventions se sont multipliées au niveau de la méthode et du style de gestion ou d'administration des organisations correctionnelles. Il semble que la réaction des organisations correctionnelles face à cette dernière catégorie d'interventions nous renseigne particulièrement en ce qui a trait à la nature véritable des systèmes correctionnels.

De notre point de vue, il est donc particulièrement important d'établir une distinction entre interventions externes cherchant à modifier un programme et interventions externes cherchant à modifier la direction. D'un côté, la mise en place d'un nouveau programme correctionnel ou même d'une nouvelle structure abritant des catégories de services correctionnels, signifie rarement qu'un changement fondamental s'est produit au sein de l'organisation. Un retour rapide sur le passé nous montre bien que les organisations correctionnelles ont su faire place à toute une gamme d'initiatives au niveau

des programmes (nombre d'entre elles découlant de philosophies opposées ou contradictoires) et les écarter sans que la nature fondamentale de l'organisation en soit véritablement modifiée.

D'autre part, les tentatives visant à changer la philosophie, la méthode et le style de gestion des organisations correctionnelles semblent avoir donné lieu à des types de réaction différents au sein de l'organisation. Si l'on envisage le système du point de vue de sa réaction à cette catégorie d'initiatives, il est possible que l'on comprenne mieux les relations qui existent entre la structure du système et son processus de prise de décisions.

La plupart des interventions extérieures cherchant à modifier de manière substantielle la gestion des organisations correctionnelles ont été des échecs. On a assisté ces dernières années en Amérique à de véritables tentatives de bouleversement des modes de gestion des structures des systèmes correctionnels. Les personnes parachutées de "l'extérieur" pour les mettre en oeuvre ou celles qui y ont adhéré de l'intérieur ont presque systématiquement été rejetées. Il paraît évident que le système est en mesure de s'organiser de lui-même sur le plan politique, administratif et opérationnel afin d'exclure les personnes se réclamant de ces initiatives. En outre, même lorsque l'on a réussi à implanter des changements structurels au sein du système, celui-ci revient souvent rapidement à son état premier. Pratiquement tous ceux qui ont déjà oeuvré dans le domaine correctionnel en Amérique du Nord au cours des trois dernières décennies peuvent témoigner du phénomène.

Il semble que le système possède une capacité semblable à celle d'un formidable effet anticorps et qu'il existe quelque chose de puissant en son sein qui lui permet de rejeter toute tentative d'en modifier la structure fondamentale ou la façon dont il fonctionne. La tendance à résister à l'innovation structurelle est un phénomène bien connu, mais il est un peu plus difficile de déterminer ce qu'il faut en déduire au sujet de la nature des relations entre la structure du système et son processus de prise de décisions. On n'en a pas moins dit à de nombreuses reprises au cours de cette Conférence qu'il existe quelque chose, concernant les exigences des prises de décisions correctionnelles, qui contribue directement à la résistance du système aux changements fondamentaux de structure ou d'administration sans lui enlever la capacité d'absorber sans aucune résistance les nouvelles initiatives au niveau des programmes.

L'histoire nous enseigne que les organisations correctionnelles "gobent" à peu près n'importe quel type de programme sans faire preuve de sens critique, mais rejettent catégoriquement toute initiative visant à modifier leur structure fondamentale. La théorie de l'organisation nous enseigne que

ce phénomène n'est pas nécessairement propre aux organisations correctionnelles. N'importe quelle institution établie résiste aux changements structurels d'importance. Toutefois, dans le cas des systèmes correctionnels, cette résistance aux changements structurels paraît en général quelque peu extrême alors qu'ils ont tendance à faire preuve d'une grande souplesse en matière d'expérimentation des programmes. S'il en est bien ainsi, il est important de comprendre ce qui, au sujet de la nature du travail correctionnel, donne lieu à des réactions aussi diverses au sein de l'organisation.

Les organisations correctionnelles exécutent fondamentalement deux types de tâches. Il y a tout d'abord celles qui consistent à fournir des services mis directement à la disposition des clients du système. On parle de ce travail en termes d'activités d'établissement, de services ou d'opérations. Il y a ensuite les tâches visant à assurer le fonctionnement du système et à faire en sorte que les ressources permettant de dispenser des services au client soient bien disponibles. Ce travail est généralement qualifié d'activité administrative ou de gestion.

On considère généralement qu'il va de soi que les décisions prises concernant tel ou tel type de tâche au sein de l'organisation exigent une bonne compréhension des objectifs auxquels obéit cette tâche. Si l'on ne voit pas pour quelle raison cette tâche devrait être effectuée, il semble alors évident que l'on assistera à une certaine confusion touchant les décisions nécessaires au maintien des services comme celles que l'on doit prendre pour dispenser ces services au client. L'une des caractéristiques bien particulière au domaine correctionnel, c'est l'absence d'accord en ce qui a trait à la finalité des tâches exécutées. Même si la plupart des gens qui opèrent dans le domaine correctionnel sont en mesure de justifier d'une manière ou d'une autre leur travail et d'exprimer les objectifs liés à leur rôle particulier, il est extrêmement difficile de trouver un terrain d'entente sur un grand objectif commun. Comme il n'a pas été possible de recueillir un concensus bien précis en ce qui a trait à la finalité du travail correctionnel, la nature des prises de décisions au sein de l'organisation dépend en grande partie de l'exercice du pouvoir discrétionnaire individuel.

Dans un système laissant une telle latitude à l'individu, il n'est pas surprenant que toute innovation globale au niveau des structures se heurte à une forte résistance, tout particulièrement en ce qui concerne les innovations structurelles cherchant à enlever une partie du pouvoir discrétionnaire individuel pour privilégier des objectifs définis et appliqués au niveau général. C'est ce qui est en fait au coeur de cette Conférence. Nous assistons actuellement dans le domaine correctionnel à un conflit entre une

conception selon laquelle il est indispensable d'élaborer des objectifs et des procédures définis et appliqués au niveau général et une conception selon laquelle le pouvoir discrétionnaire individuel est un élément crucial de l'exécution des programmes et des services d'administration.

A mon avis, le système correctionnel, tel qu'il existe à l'heure actuelle, doit faire confiance au jugement individuel en ce qui concerne les choses qui doivent être faites précisément dans la pratique, qu'il s'agisse de mettre fin à une bataille dans une salle de jeux ou de déterminer une grande politique touchant toute une catégorie de travail. Il s'agit dans chaque cas d'une activité de l'organisation correctionnelle qui exige que l'on exerce un pouvoir discrétionnaire individuel. J'ajouterai ici que par pouvoir discrétionnaire individuel je n'entends pas nécessairement une décision prise par une seule personne. Le pouvoir discrétionnaire individuel peut être exercé au sein d'un comité ou d'un petit groupe ou dans le cadre d'un accord passé entre collègues travaillant "sur le tas".

Quelle que soit l'étendue du pouvoir discrétionnaire individuel qui est exercé, il semble que la caractéristique fondamentale du système correctionnel soit l'exigence du pouvoir discrétionnaire individuel. Ce facteur est responsable à la fois du rejet de la réforme des structures et de l'acceptation de tout programme laissant entrevoir la possibilité d'un accroissement du pouvoir discrétionnaire individuel. Il semble bien que l'une des raisons pour lesquelles le système correctionnel est prêt à accepter d'importantes initiatives nouvelles au niveau des programmes sans émettre véritablement de critiques soit que presque toutes ces initiatives promettent aux travailleurs du domaine correctionnel une plus grande latitude en ce qui a trait à la fourniture des services au "client". Lorsqu'un système fondé sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire individuel se voit offrir de nouvelles façons de l'exercer, ce type d'initiative sera encouragé. Lorsque l'on présente à ce même système un programme ou une structure visant à réduire l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire individuel, la proposition sera rejetée.

En supposant qu'il s'agisse là d'une description exacte des caractéristiques des organisations correctionnelles, la première question qu'il faut alors se poser est de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire individuel et si les principes de justice individualisée qui s'y rattachent sont acceptables, quels que soient les abus qui puissent en résulter. Si le principe du pouvoir discrétionnaire individuel n'est pas acceptable dans le domaine correctionnel, les changements nécessaires seront tout bonnement révolutionnaires. Il m'apparaît toutefois que le principe du pouvoir discrétionnaire individuel dans le domaine correctionnel est acceptable et que l'on a besoin d'une réforme, non d'une révolution.

Pour réussir, toute réforme de la structure du système correctionnel doit tenir compte de la réalité existante et la renforcer de manière appropriée. En d'autres termes, les modèles de réforme structurelle doivent au minimum reconnaître la nature du travail correctionnel et, dans la pratique, le travail correctionnel implique une interaction entre individus, entre "le gardien et celui qui est gardé", cette relation étant fondée sur le jugement individuel.

Quels types de réforme structurelle s'imposent?. Il me semble que, compte tenu des réalités du système, il y ait deux principes de réforme structurelle fondamentaux pour préserver la santé de l'organisation. Le premier veut que la décentralisation soit meilleure que la centralisation. Cet argument a été défendu tout au long de la Conférence: une redistribution du pouvoir rapprochant le responsable des décisions du client est cruciale pour la santé d'une organisation qui dépend aussi largement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire individuel. Le deuxième principe de réforme des structures considère le fait que l'énergie que le système consomme pour se maintenir en activité doit être axée sur un exercice intelligent et bien informé du pouvoir discrétionnaire par les gens qui sont les plus proches du client.

La question n'est pas tant de savoir si le pouvoir discrétionnaire individuel constitue un bon principe que de se demander de quelle manière il va être exercé. S'il veut encourager l'exercice du pouvoir discrétionnaire individuel, le système correctionnel doit faire en sorte que cet exercice se fasse de manière intelligente, informée et impartiale. A l'heure actuelle, c'est là une des grandes faiblesses des organisations correctionnelles. Les systèmes correctionnels ne sont généralement pas structurés de manière à permettre aux gens de prendre des décisions individuelles de manière intelligente et en toute connaissance de cause. A mon avis, c'est à ce niveau que se situe la principale exigence de réforme.

STRUCTURE ORGANISATIONNELLE ET PRISE DE DÉCISION

T.P. Ference, professeur
École de commerce
Université Columbia
New York, New York

La structure des organisations professionnelles ne permet pas l'exercice d'un contrôle sur une décision en particulier. Elle permet plutôt l'exercice d'un contrôle sur le décideur en établissant pour lui des normes de rendement et en lui fournissant les renseignements nécessaires sur les principes à suivre. Un choix de techniques appropriées, comme des informations claires sur le mandat de l'organisation et des possibilités de formation en cours d'emploi, permet d'établir un système où les décisions se prennent au niveau le plus bas qui correspond au problème à régler et dont la direction accepte volontiers la responsabilité.

Je voudrais vous faire part de quelques propos qui heurteront sans doute vos opinions et qui vous donneront aussi matière à penser. Je commence d'abord par formuler un démenti: ma présumée sphère de compétence est la théorie de l'organisation, et non le secteur correctionnel. En conséquence, mes observations ne seront teintées ni par mes connaissances ni par mes opinions du système correctionnel au Canada ou aux États-Unis. A titre de professeur en administration des affaires à l'université Columbia de New York, je m'intéresse surtout aux organisations à but non lucratif et aux sociétés commerciales. Mes propos seront fondés en bonne partie sur mes observations des réalités organisationnelles plutôt que de l'organisation comme telle. Ils

sont le fruit de mon travail, depuis bon nombre d'années, auprès d'organismes tant bénévoles que gouvernementaux qui n'ont aucun but lucratif ou, en d'autres termes, des organisations qui ne se proposent pas de réaliser des profits par contraste à celles qui n'en réalisent tout simplement pas.

J'attire d'abord votre attention sur le fait que dans la plupart des organisations à but non lucratif, gestionnaires et administrateurs ont la responsabilité de professionnels moralement dédiés à leur travail. J'y ai observé aussi une autre réalité: ces gestionnaires et administrateurs sont ordinairement eux-mêmes des professionnels du milieu qui ont gravi l'échelle hiérarchique de l'organisation. Par exemple, les organismes de bien-être social sont ordinairement supervisés et administrés par des personnes dont la sphère de compétence est le travail social. Je suis prêt à dire que la plupart des gestionnaires d'organismes à but non lucratif, ceux qui décident de déléguer ou non l'autorité ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sont avant tout des gens de profession qui, par la force des choses et par malchance, sont devenus gestionnaires. Ils sont ordinairement plus à l'aise lorsqu'ils continuent à exercer les tâches pour lesquelles ils ont reçu une formation que lorsqu'ils les délèguent à d'autres. Je suis arrivé à la conclusion que dans pareil environnement, la délégation du pouvoir de décider se fait au sein d'un système dirigé par des personnes qui sont plus à l'aise dans "l'exercice" des tâches que dans la "délégation" de ces tâches, non pas parce qu'elles manquent de formation en gestion, mais parce qu'elles sont moralement dédiées au travail de l'organisation.

Le deuxième point sur lequel je désire attirer votre attention est celui-ci: la plupart des organisations à but non lucratif ont ordinairement une très vague compréhension de leur mandat et du but qu'elles poursuivent. J'ai eu dernièrement, dans mes rapports avec une organisation américaine, une expérience qui illustre bien ce point. On m'y convoquait pour lui aider à élaborer un plan stratégique. Au cours d'une réunion avec les cadres supérieurs, j'ai demandé à chacun d'eux de rédiger une brève description du mandat de leur organisation. Les résultats ont été révélateurs et quelque peu gênants. Certes, les descriptions renfermaient certaines similitudes, mais seulement en nombre suffisant pour m'indiquer qu'elles avaient été rédigées par des personnes travaillant dans un même domaine général. Pour le reste, il était difficile d'y discerner des notions qui permettaient de savoir qu'elles avaient trait au même système administratif. Cette expérience m'a permis de conclure qu'en général, les organisations à but non lucratif sont privées de mandats clairement articulés et qu'elles seraient bien avisées de consacrer temps et argent à la tâche de bien circonscrire leur mission et de la faire connaître.

J'ai aussi remarqué qu'en général, la nature du rôle de gestionnaire n'est pas suffisamment bien comprise dans l'organisation à but non lucratif. Le diagramme qui figure ci-dessous illustre un des deux modèles de gestion.

A

La théorie traditionnelle associe la gestion au modèle de l'équipe de rameurs où tous les rameurs exécutent simultanément les instructions du timonier. Pour être réaliste, le diagramme devrait ressembler davantage à B montré ci-dessous.

B

En réalité, comme l'indique le diagramme B, c'est tout le monde, à tous les niveaux du système, qui prend des décisions et non pas une seule personne qui donne des ordres et prend des décisions qui sont exécutés simultanément et uniformément dans tout le système. La question importante à trancher dans l'examen des concepts de prise de décision et de structure organisationnelle n'est pas de savoir s'il faut centraliser ou décentraliser, mais bien de savoir comment le système peut arriver à exercer un contrôle sur la qualité des décisions. Dans la conception d'un système de gestion efficace, la première tâche consiste donc à élaborer un mécanisme de contrôle de la qualité des décisions qui seront inévitablement prises à tous les niveaux du système, quoiqu'en disent les manuels officiels de politiques administratives.

L'établissement d'un système efficace de gestion comporte un autre problème, celui du volet psychologique ou émotionnel du rôle de chef. Les personnes au sommet de l'organisation, comme le président-directeur général, sont responsables d'un système sur lequel ils n'exercent pas un contrôle complet. Il est un fait indéniable: dans une organisation complexe, des décisions se prennent quotidiennement, dont les cadres supérieurs doivent accepter la responsabilité, mais sur lesquelles ils exercent peu de contrôle direct ou n'en exercent pas du tout. La possibilité de se sentir à l'aise au sein d'un système qu'aucune personne, à quelque niveau que ce soit, ne contrôle complètement, est donc un aspect difficile d'un système efficace de gestion.

Dans la conception d'un système efficace, la question importante n'est pas de savoir comment hausser le niveau de décision jusqu'aux cadres supérieurs de façon que celles-ci soient prises par des personnes qui aimeraient présumer qu'elles sont encore compétentes pour trancher des questions dont elles seront tenues responsables. Il s'agit plutôt de veiller à ce que la personne qui sera effectivement appelée à prendre des décisions soit compétente, que le système soit centralisé ou non. La difficulté réside dans la façon d'acquérir la capacité de se sentir à l'aise au sein d'un système complexe qu'aucune personne seule ne contrôle. Pour expliquer davantage ces points nous devons avant tout parler de la qualité de chef.

Nonobstant toute la documentation complexe qui existe sur le sujet de la gestion, la qualité de chef est purement et simplement l'art de faire faire par d'autres ce que vous voulez qu'ils fassent. A mesure que l'organisation croît et qu'une personne gravit les rangs, cette personne passe nécessairement de plus en plus de temps à faire faire les choses par d'autres. La bousculade des événements l'empêche de faire une évaluation exacte des conséquences d'une mesure en particulier et l'oblige à se fier sur ses instincts. Le risque augmente donc à mesure qu'une personne avance en rang et cette personne doit apprendre à accepter ce risque et à se sentir psychologiquement à l'aise à son contact.

Au cours d'une étude faite récemment aux États-Unis, plusieurs centaines de cadres intermédiaires et supérieurs ont été priés de s'attribuer à eux-mêmes, à leurs subalternes et à leurs supérieurs une cote à l'égard d'un certain nombre de caractéristiques comme la fiabilité, les réactions positives, la créativité, la fierté du rendement, la vigilance et l'initiative, toutes des caractéristiques qu'un bon professionnel est censé posséder. Les résultats de l'étude ont été les suivants: les subalternes ont reçu les cotes les plus élevées à l'égard de la fierté du rendement, ou en d'autres termes le désir de faire un bon travail, la fiabilité et la vigilance. Ils ont reçu les

cotes les plus basses à l'égard de la créativité, du sens des perspectives et de l'empressement à changer. Même si bon nombre de gestionnaires affirment que le subalterne idéal est celui qui est créatif, qui est disposé à changer et qui réagit bien, dans la réalité, il est clair qu'ils préfèrent une personne fiable, vigilante et qui a la fierté du travail bien fait.

Les gestionnaires de tous les niveaux ont attribué au rendement de leurs supérieurs une cote plus élevée que la leur à l'égard de toutes les caractéristiques, sauf la créativité, l'empressement à changer et à voir les choses dans leur perspective. Les cotes peu élevées attribuées par les supérieurs aux subalternes à l'égard des ces trois caractéristiques laissent entendre qu'il est peu probable qu'ils délèguent des responsabilités. En outre, et compte tenu de cette perception, le gestionnaire tentera probablement de créer une distance entre lui et son subalterne sur le plan social. Par contre, le fait que les subalternes perçoivent leurs supérieurs comme n'ayant pas les principales qualités de chef les amènera à vouloir réduire la distance entre eux et leurs supérieurs, à demander plus de responsabilités et à tenter de s'élever jusqu'à leur niveau. A mon avis, ces effets indiquent la présence de problèmes d'attitudes et de perceptions, non pas de véritables différences entre les aptitudes et les caractéristiques.

En effet, le problème le plus important a trait à un jeu différent de facteurs qui comprennent l'autorité, la responsabilité et l'obligation de rendre compte. L'autorité est le droit de prendre des décisions, c'est un pouvoir qui se délègue. La responsabilité est l'obligation de prendre une décision et elle aussi se délègue. L'obligation de rendre compte est l'acceptation des conséquences; elle ne se délègue pas. Le gestionnaire qui doit ultimement rendre compte de décisions prises à tous les échelons du système peut exercer un meilleur contrôle sur ces décisions s'il circonscrit le mandat de l'organisation et le fait connaître à tous les échelons pour permettre à tous ceux qui prennent des décisions de se fonder sur la connaissance du rôle de l'organisation. Chaque personne au sein d'une organisation devrait pouvoir dire clairement pourquoi son poste existe dans le contexte plus grand et général de la mission de l'organisation. Si le personnel n'arrive pas à se définir, c'est que les gestionnaires n'ont pas bien conçu le système et les décisions se prendront dans des intérêts purement personnels. S'il arrive à pouvoir définir le rôle de l'organisation, ses décisions seront vraisemblablement conformes aux objectifs de l'organisation, du moins dans une certaine mesure.

L'information nécessaire à la prise de décision, à quelque niveau que ce soit, est de trois sortes: d'abord l'information relative au problème même, ensuite l'information relative au contexte et à la fréquence du problème de même qu'aux mesures prises dans le passé. La troisième sorte est l'informa-

tion stratégique, c'est-à-dire celle qui a trait aux lignes directrices concernant la façon dont les choses doivent se dérouler dans telle organisation en particulier. Il est beaucoup plus facile d'acheminer l'information relative à un problème particulier vers le bas qu'il ne l'est de l'acheminer vers le haut de l'échelle hiérarchique.

Il serait peut-être bon maintenant de parler de ce que j'appelle le taux de perte d'information. Des modèles mathématiques savants pourraient démontrer quel est exactement ce taux de perte, mais la conclusion est en fin de compte directe et facile: le taux de perte de l'information qui s'achemine vers le bas est moins élevé à chaque échelon qu'il ne l'est en sens contraire. L'information qui provient du haut de l'échelle hiérarchique est ordinairement écrite, stable, générique et souvent répétée. Dans le sens contraire, elle est sporadique, technique et détaillée, plutôt que générique et abstraite; elle renferme ordinairement plus de faits par unité de mots ou par "livre" que l'information qui va vers le bas. L'information acheminée vers le haut doit être condensée, d'où la perte de certains éléments.

Pour être la plus efficace possible, une décision doit se prendre au plus bas niveau de l'organisation qui correspond à la source du problème à résoudre. De cette façon, la perte d'éléments spécifiques est minimisée et l'information générique nécessaire reste à la disposition du décideur.

Un dernier facteur essentiel à l'efficacité des décisions dans tout système est la capacité de traiter l'information. Trop souvent, les gestionnaires délèguent la responsabilité d'une décision sans s'occuper de donner aux subalternes les outils qu'il leur faut. Résultat: la décision n'est pas bonne et la direction conclut que la responsabilité n'aurait pas dû être déléguée. C'est aux gestionnaires qu'il incombe de former les subalternes, de mettre en place un mécanisme d'apprentissage de sorte que les décisions qui seront inévitablement prises à tous les échelons du système seront les meilleures possibles.

Le traitement de l'information est une étape nécessaire dans un processus de décisions efficaces. Il existe plusieurs façons d'intégrer cette information traitée dans le système. Les normes et les méthodes sont au nombre de ces façons. La question qui se pose ensuite est celle de savoir comment arriver à ces normes et méthodes. Devraient-elles se fonder sur l'expérience et le client ou sur l'expérience et la profession? Les seules normes qu'il convient d'appliquer dans une organisation sont celles qui reflètent intellectuellement les objectifs précis que cette organisation veut réaliser. Les seuls objectifs qui soient légitimes sont ceux qui reflètent les besoins de la population à desservir, que ce soit un client dans une société à but lucratif ou

dans un organisme à but non lucratif. La norme définit le rendement minimal acceptable. Elle n'est pas un but à atteindre, elle est une étape à franchir sur la voie de l'excellence.

Ce genre de processus peut aussi être intégré au système au moyen de la formation en cours d'emploi. Ordinairement, lorsque nous conférons un pouvoir discrétionnaire à quelqu'un, nous le faisons sans lui donner aucune préparation. C'est comme jeter un bambin dans une piscine et dire, s'il se noie, "alors c'est bon que nous sachions qu'il ne sait pas se débrouiller". Et, bien sûr, la compétence professionnelle contribue, pour sa part, à l'efficacité des décisions.

La structure des organisations professionnelles ne permet pas l'exercice d'un contrôle sur une décision en particulier. Elle permet le contrôle du processus décisionnel en permettant le choix du décideur, l'établissement de normes de rendement et la communication de renseignements sur les principes nécessaires à suivre.

LES EFFETS DE LA TAILLE D'UN ORGANISME SUR LES PRISES DE DÉCISIONS

Don Yeomans
Commissaire
Le Service correctionnel du Canada
Ottawa, Ontario

Pour assurer un service uniforme et clairement compréhensible, le Service correctionnel du Canada, tout comme les autres organismes importants qui possèdent des structures complexes, doit restreindre le pouvoir discrétionnaire individuel et oeuvrer dans le cadre de normes logiques qui doivent être appliquées uniformément. De telles normes s'imposent dans un organisme important, où il est difficile de communiquer avec les divers échelons, si l'on veut savoir ce qui se fait ainsi que les répercussions des actes, et si l'on veut garantir aux clients un produit ou un service sûr qui ne varie pas.

Le sujet qu'on m'a proposé ... "Les effets de la structure d'un organisme sur les prises de décisions" ... présente pour moi un intérêt tout particulier. C'est pour cette raison que j'ai repoussé toutes les offres d'aide qui m'ont été faites pour la préparation de cet exposé. Par conséquent, je porte l'entière responsabilité de mes paroles.

L'importance d'un organisme influe beaucoup plus sur les prises de décisions que sa structure. Dans un organisme de petite taille, avec un personnel qui ne compte que quelques centaines de gens, tout le monde se connaît. Les communications sont bonnes, il est relativement facile de travailler en équipe, et on peut agir sans grandes formalités. C'est un genre de gestion qui peut avoir beaucoup de succès. "Silicone Valley North" en est un exemple, ici même à Ottawa. Des organismes tels que MITEL font preuve d'imagination, de souplesse, et de rapidité dans leurs réactions. Ceux qui y travaillent souli-

gnent que leur façon de procéder peut paraître confuse, chaotique même, mais qu'il est très agréable de travailler de cette manière. Mais, dans le cas d'un organisme plus important, ayant par exemple un personnel de plus de 1,000 employés, les gens ne se connaissent pas, les communications sont beaucoup plus difficiles, la gestion est plus compliquée et l'organisme agit beaucoup plus délibérément. Par conséquent, j'ai jugé qu'il serait plus approprié d'intituler mon exposé ... "Les effets de la taille d'un organisme sur les prises de décisions".

Nous ne nous penchons pas vraiment aujourd'hui sur tous les genres de décisions. Nous mettons plutôt l'accent sur un genre très particulier, c'est-à-dire sur les décisions laissées à la discrétion des intéressés, et ce, essentiellement, au sein des organismes gouvernementaux. C'est pourquoi j'ai décidé que le titre devrait être "l'exercice de la libre décision dans une grande entreprise publique". Je pense que ce titre nous permet de fixer notre attention sur le vrai sens du problème qui nous préoccupe. Toutefois, en choisissant ce titre, j'ai créé un dilemme, car il faut admettre que les grandes entreprises publiques surmontent difficilement les problèmes que pose l'exercice de la libre décision.

Un syndicat négocie une convention collective. Mais, peu de temps après, il s'aperçoit que certains de ses bureaux locaux commencent à passer des accords qui ne concernent qu'eux. Ces accords, ou tout au moins certains d'entre eux, peuvent graduellement compromettre les principes qui ont été mis en application dans la convention. Si nous achetons à La Baie un article défectueux, quel que soit l'endroit où nous l'achetons, nous estimons que nous devons pouvoir le faire remplacer dans n'importe quelle succursale de La Baie, n'importe où au Canada, et nous nous attendons à ce que ce remplacement soit effectué plus ou moins de la même façon dans tous les magasins. Cette compagnie poursuit une ligne de conduite qui assure le même traitement à tous les clients partout au Canada. Si, pour venir ici, vous avez voyagé à bord d'un appareil d'Air Canada ou du Canadien Pacifique, vous vous attendiez à être traités partout d'à peu près la même façon par ces organismes. Quand vous remarquez des disparités dans la manière dont on vous traite, c'est-à-dire quand quelqu'un exerce trop librement sa propre discrétion, cela vous déplaît énormément. Pourquoi la compagnie McDonald's réussit-elle si bien? Parce que vous avez confiance en la qualité de ce qu'elle vend. Parce que vous savez que vous allez obtenir un produit dont vous connaissez la qualité et la valeur. La personne qui gère une succursale de McDonald's ne dispose pas de pouvoirs discrétionnaires étendus dans la gestion de la succursale. Bien sûr, vous pourriez me faire remarquer que vous êtes des professionnels et que vous vous occupez d'êtres humains et non pas de hamburgers. Vous auriez raison. Parlons donc des professionnels qui sont chargés de s'occuper d'êtres hu-

mains. Combien parmi vous accepteraient d'être traités par un médecin qui n'observerait pas strictement les normes de sa profession? Il est évident que vous vous attendez à ce qu'il exerce une certaine discrétion lorsqu'il prend des décisions concernant votre traitement, mais vous vous attendez également à ce qu'il les prenne en fonction de normes assez strictement définies. Ceci est également valable dans le cas des hôpitaux. Vous préférez sans nul doute être traité dans un hôpital qui a des normes très élevées et qui exige qu'elles soient observées.

Ceux qui, parmi vous, n'habitent pas à Ottawa sont venus par avion. Nous prenons tous l'avion régulièrement. Le pilote de ligne est un professionnel hautement expérimenté, qui touche des appointements très élevés. Dans les moments cruciaux, il est indiscutablement le seul maître à bord. Mais quelle est la réalité dans sa vie quotidienne? Quelqu'un d'autre écarte son appareil de la rampe d'embarquement. On lui dit ensuite quelle piste il doit utiliser et quelle route il doit suivre. On lui impose une vitesse ascensionnelle et une vitesse descensionnelle pour économiser le carburant. En vol, il est étroitement et constamment dirigé par les contrôleurs du trafic aérien. Ce n'est que lorsque la vie des passagers est en danger qu'il peut exercer ses pouvoirs discrétionnaires. Aimeriez-vous voler avec un pilote d'une désinvolture telle qu'il se permettrait d'ignorer les contrôleurs du trafic aérien? La responsabilité de l'appareil incombe sans aucun doute au pilote, mais il est également très clair qu'il ne peut exercer sa libre décision que d'une manière très restreinte.

Il y a quatre ans, dans le Service correctionnel du Canada, nous avions peu de normes et nous pouvions exercer très largement nos pouvoirs discrétionnaires. Le Service était critiqué de toutes parts sans pouvoir se défendre parce que, pris collectivement, l'organisme ignorait ce qu'il faisait. Littéralement parlant, nous ne savions pas combien de cellules nous avions; nous ne savions pas combien d'entre elles étaient libres; nous ne savions pas combien de détenus s'évadaient ou étaient isolés des autres, ni pourquoi. Nous ne savions pas comment les détenus étaient classés dans les diverses catégories de sécurité. Il y avait des gens qui le savaient. Les responsables du classement savaient comment ils procédaient. Les directeurs des établissements connaissaient le nombre des cellules dans leurs établissements respectifs. Mais pris collectivement, le Service ne possédait pas ces détails. Pourquoi est-il important de connaître ces détails? Qui s'en soucie?

Dans son exposé, John Ekstedt a établi un parallèle entre l'organisme commercial ou administratif et l'être vivant. Je suis d'avis que, pour survivre, un organisme important doit posséder toutes les caractéristiques d'un petit organisme. L'organisme important doit pouvoir apprendre, doit pouvoir

évoluer, et doit pouvoir s'adapter aux circonstances. Si par exemple, le Service correctionnel du Canada, pris collectivement, ignorait comment les détenus étaient classés, comment pourrions-nous apprendre à mieux le faire? Comment pourrions-nous élaborer un système de classement plus efficace? Comment pourrions-nous adapter notre système de classement aux changements intervenant chez les détenus ou à l'évolution des normes dans la société? En ce qui me concerne, dans une grande entreprise publique, les pouvoirs discrétionnaires doivent être soigneusement restreints afin de permettre à l'entreprise:

1) d'assurer la qualité du produit ou du service qu'elle offre;

2) d'apprendre, par la méthode heuristique, comment s'améliorer; et

3) de maintenir la stabilité de ses activités.

Permettez-moi d'aborder chacun de ces points à tour de rôle.

(1) Assurer la qualité du service. Les tribunaux ont imposé au Service correctionnel du Canada une exigence très raisonnable, le devoir d'agir avec impartialité. Par conséquent, les délinquants ont le droit d'être traités de la même façon partout, en dépit de notre envergure et notre dispersion géographique. En tant que Service, nous voulons que nos normes soient élevées, et nous devons avoir l'assurance que des normes élevées sont appliquées. Nous devons garantir un traitement équitable et démontrer que nous agissons impartialement. Par conséquent, nous devons faire respecter les normes. S'il n'en était pas ainsi, nous aurions un système aimablement chaotique d'un bout à l'autre du pays.

(2) Nous devons apprendre, par la méthode heuristique, comment nous pouvons nous améliorer. Pour pouvoir le faire, nous devons avant tout savoir ce qui se passe. A titre d'exemple, nous devons donc classer les détenus selon des normes appliquées de la même façon partout. Nous devons être raisonnablement certains que ces normes sont appliquées parce que leur application uniforme permet de recueillir des données significatives, et de comparer valablement les renseignements qui proviennent de l'ensemble du système de classement des détenus étant donné que ces renseignements sont raisonnablement compatibles. Les données peuvent mener à des améliorations, mais les résultats de ces améliorations ne seront valables que si elles sont appliquées uniformément. Par conséquent, toute modification apportée à la façon de classer les détenus doit être imposée avec une certaine

discipline dans tout le système afin que nous puissions déterminer, d'après les résultats, si la modification a donné lieu à une amélioration ou si elle a été désastreuse.

(3) La stabilité des activités. Je n'entends pas par là l'absence de tout changement, et je ne prétends pas que nous devons continuer à faire indéfiniment ce que nous faisons à l'heure actuelle. Je parle de changements effectués méthodiquement.

Le point soulevé précédemment soulignait combien il importait d'apprendre par la méthode heuristique. L'ancien Service des pénitenciers subissait constamment les assauts du public et de la presse. En l'absence de données, une évasion grave causait des inquiétudes à l'échelon ministériel et donnait lieu à des directives immédiates qui visaient à modifier les règles dans tous les établissements, que ces modifications soient justifiées ou non. En outre, ces changements exigés d'urgence et d'une manière chaotique étaient imposés de l'extérieur.

A l'heure actuelle, nous disposons de données détaillées et uniformes qui nous permettent, en cas d'évasion grave, d'examiner l'incident en terme de tendance. La tendance est-elle à la détérioration, reste-t-elle stable ou va-t-elle vers une amélioration? Nous pouvons maintenant démontrer au Ministre, à la presse ou à n'importe quelle personne comment l'évasion se situe par rapport à l'ordre général des choses. Si elle se situe dans l'ordre des choses, nous pouvons alors faire remarquer qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter outre mesure et qu'il ne s'agit que d'un incident normal dans le contexte du système actuel. C'est ainsi que le système fonctionne aujourd'hui. Les ministres sont disposés à défendre des décisions raisonnables, prises dans le cadre d'une ligne de conduite raisonnable, s'ils sont persuadés que l'organisme est bien dirigé et que les responsables savent ce qu'ils font.

Examinons donc ce point dans l'optique des décisions discrétionnaires au sein du Service correctionnel du Canada. Prenons, par exemple, le déclassement graduel des détenus d'établissements à sécurité maximale à des établissements à sécurité moyenne et à sécurité minimale. Nous avons établi les normes. Nous devons maintenant restreindre étroitement la discrétion dans le cadre de leur application. Nous devons imposer la discipline dans le Service. Un de ces jours, un incident plus que regrettable se produira; un détenu s'échappera d'un établissement à sécurité minimale et commettra un meurtre. Des clameurs s'élèveront: "que faisait ce détenu dans un tel établissement?"; "pourquoi s'y trouvait-il?"; "des règles plus sévères s'imposent!". Si nous ne possédons pas suffisamment de renseignements concernant ce que nous faisons, la réaction risque de friser la panique. Nous

renforcerons les restrictions d'une façon qui ne sera pas très bien comprise tout en espérant que les choses s'amélioreront. Par contre, si nous pouvons dire, ou si le Ministre peut dire: "il est vrai que ce détenu s'est évadé, il est vrai qu'il a commis un meurtre, et il est vrai qu'un tel incident est tragique; mais, n'oublions pas que, au cours des douze mois écoulés, 2 387 détenus ont été reclassés de sécurité moyenne à sécurité minimale en utilisant les mêmes normes, et que c'est le premier incident de ce genre enregistré au cours de cette période". Nous aurons alors une réaction tout à fait différente en ce qui concerne ce cas particulier. Nous devrons peut-être renforcer les restrictions, mais au moins nous pourrons le faire d'une façon plus rationnelle.

Revenons à la seconde raison qui exige de la discipline dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires - apprendre comment s'améliorer par la méthode heuristique. Nombreux sont ceux qui, dans notre Service, sont persuadés que nous avons beaucoup plus de détenus aptes à la sécurité minimale que nous n'en classons ainsi à l'heure actuelle. Ils ont peut-être raison. Par conséquent, en élaborant des normes de classement de détenus, et en limitant strictement la latitude d'appréciation de ces normes, nous pourrons commencer à évoluer et à apprendre par la méthode heuristique. Nous pourrons modifier une ou deux normes et étudier les conséquences de ce changement. Nous pourrons, par exemple, transférer un plus grand nombre de détenus d'établissements à sécurité moyenne dans des établissements à sécurité minimale au moyen de la méthode des déclassements graduels, et surveiller les résultats en termes d'évasions ou d'autres incidents. Si les résultats sont bons, nous pourrons affirmer que nous avons obtenu une amélioration et, par voie de conséquence, nous pourrons modifier une autre norme. Cela nous permettra d'introduire des améliorations d'une façon méthodique, raisonnable et logique.

Revenons maintenant à la première raison qui exige de la discipline dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires - assurer la qualité. Je reviens au devoir que nous avons d'agir avec impartialité. Ceci implique que nous devons toujours agir de la même façon dans les prises de décisions qui touchent les détenus et les délinquants. Si nous agissons de cette façon, et si nous limitons soigneusement l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, et si un détenu nous traîne devant les tribunaux, nous n'aurons pas à faire face aux situations dans lesquelles se trouvent actuellement tant d'établissements pénitentiaires aux États-Unis. Nous serons en mesure de prouver à la Cour que nous avons des normes, et que celles-ci sont appliquées impartialement. Par conséquent, nous pourrons démontrer que les raisons pour lesquelles nous continuons à garder un détenu dans un établissement à sécurité maximale reposent sur des façons de procéder impartiales et raisonnables. Dans un tel cas, nous pourrons très probablement défendre notre façon d'agir. Par contre, si nous ne

prouvons pas que nous agissons en connaissance de cause, la Cour imposera des décisions qui ne seront pas nécessairement suffisamment raisonnées.

Nous avons parlé tout d'abord des effets de la structure d'un organisme sur les prises de décisions. Mais, en réalité, l'exercice de la discrétion individuelle et les prises de décisions dépendent de l'importance de l'organisme et non de sa structure. En outre, il s'agit en fait de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires et non pas de la prise de décisions sous toutes ses formes dans les grands organismes publics. J'estime qu'il est essentiel qu'un organisme ait des normes bien élaborées, et que ces normes soient administrées par un personnel bien formé et bien discipliné. Il ne pourra en résulter que de bonnes décisions, des décisions qui ne varieront pas, des décisions qu'on pourra défendre, des décisions qui seront impartiales, en bref, un processus qui mènera graduellement à une amélioration dans les prises de décisions.

LES LIGNES DIRECTRICES SUR LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE: UN MOYEN VALABLE DE LIMITER LES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES?

Joan Nuffield
Analyste de politique
Secrétariat du Ministère
Solliciteur général du Canada
Ottawa, Ontario

Les lignes directrices sont importantes car elles répondront au besoin de visibilité, d'imputabilité et d'équité dans les décisions concernant chaque cas. Il ne s'agit pas de règles obligatoires mais plutôt d'énoncés de principes souples qui sont plus détaillés que ceux contenus dans les lois. Grâce aux lignes directrices, il est possible d'assurer une certaine uniformité au niveau des facteurs pris en compte dans une décision relative à la libération conditionnelle et de l'importance accordée à chacun d'eux, sans pour autant éliminer la latitude qu'exigent les cas exceptionnels.

Je suppose au départ que tous savent ce que nous entendons aujourd'hui par "ligne directrice", c'est-à-dire une ligne de conduite très détaillée établie dans une optique administrative par une commission des libérations conditionnelles afin de servir de guide dans les décisions concernant chaque cas. J'aimerais ajouter, en guise de préambule, que la plupart des choses que j'ai à dire sont surtout fondées sur ce que je sais du système correctionnel fédéral, puisque c'est là que j'oeuvre, mais je pense que la majeure partie du message que j'ai à livrer s'applique également à d'autres systèmes et à d'autres éléments du système, et non pas seulement à la libération conditionnelle. Enfin, j'ajouterai que, pour ma part, je suis d'avis que les lignes directrices sont une bonne idée, que, dépendant bien sûr de la forme qu'elles prennent, elles représentent une amélioration dans la façon de gérer la libération conditionnelle de même que d'autres systèmes d'ailleurs. La plupart des gens qui sont ici aujourd'hui, ou le gouvernement, ne partagent pas

nécessairement cette opinion, quoiqu'il m'arrive souvent de penser qu'un bon nombre d'entre nous sommes beaucoup plus en accord qu'en désaccord sur les questions fondamentales entourant les "lignes directrices".

Mon propos aujourd'hui a pour but de vous exposer les arguments qui ont cours actuellement au Canada à propos des lignes directrices. Les arguments à l'encontre de celles-ci se divisent en deux grandes catégories: il y a d'abord ceux qui, pour diverses raisons, veulent que les lignes directrices ne soient pas nécessaires, et ensuite ceux voulant que, même si l'on admet la nécessité de limiter les pouvoirs discrétionnaires et de les rendre plus visibles, ce qui est généralement le but des lignes directrices, celles-ci ne constituent pas un bon moyen de le faire, ou que les lignes directrices font en fin de compte plus de tort que de bien. Examinons les arguments que nous entendons à l'appui des lignes directrices.

Comme je l'ai donné à entendre précédemment, les lignes directrices qui ont été adoptées dans d'autres juridictions visent dans une large mesure à accroître l'imputabilité. Elles forcent les organisations à préciser davantage la politique de libération conditionnelle, ce qui en soi implique une certaine forme d'imputabilité, et elles obligent les individus faisant partie de cette organisation à indiquer clairement les raisons pour lesquelles un cas particulier est conforme ou non avec les principes généraux énoncés dans la ligne directrice, et devrait ou non faire l'objet d'un exception. La politique de libération conditionnelle devient ainsi plus visible. Les cartes sont sur la table et le débat est ouvert. On entend parfois, cependant, l'argument voulant qu'il ne soit pas nécessaire de préciser davantage la politique de libération conditionnelle, que celle-ci est déjà bien comprise. La Loi sur la libération conditionnelle de détenus, après tout, énonce trois critères auxquels doit se conformer chaque décision visant l'octroi d'une libération conditionnelle: la mise en liberté ne doit pas constituer un risque indu pour la société, le délinquant doit avoir tiré le plus grand avantage possible de l'emprisonnement, et la libération conditionnelle doit l'aider à s'amender et à se réadapter à la société. Bien, ces critères sont loin de tout dire et de tout préciser et laissent beaucoup à désirer. Dans quelle mesure un risque est-il "indu"? Entend-t-on par là la probabilité que le délinquant cause un certain tort, la gravité du tort prévu, ou une combinaison des deux? Si tel est le cas, quelle doit être la combinaison? Et quels avantages le délinquant doit-il avoir retirés de l'emprisonnement, et comment évalue-t-on ces avantages? Des cadres supérieurs au Service correctionnel du Canada ont affirmé que le principal effet positif de l'incarcération est de "les retirer de la circulation" jusqu'à ce que survienne un processus de "maturation" faisant en sorte que le délinquant n'a plus de penchant pour le crime ou n'est plus enclin à faire sa contribution à la profession. Comment, par conséquent, doit-on

interpréter le critère du "plus grand avantage possible" dans le cadre de la politique de libération conditionnelle? Nous qui sommes dans cette salle sommes tous conscients des critiques ouvertes à l'égard des avantages de la surveillance, qui ont cours même chez les agents de libérations conditionnelles qui se plaignent que la surveillance est devenue une forme de "contrôle quantitatif", de paperasse et de contact minimal. Certes, rares sont ceux parmi nous qui se sentiraient très à l'aise si on leur demandait de deviner de façon précise l'effet qu'une expérience particulière de surveillance produira sur un individu particulier. Il est donc très évident, à mon avis, que la loi n'énonce pas de règles bien précises en ce qui touche la libération conditionnelle, pas plus d'ailleurs que d'autres sources officielles dont je parlerai dans une minute.

Nous entendons aussi dire parfois que même si les écrits ne nous renseignent pas beaucoup sur la politique de libération conditionnelle, celle-ci est bien comprise par ceux qui ont besoin de la connaître. Sans parler de la nécessité de renseigner le public non averti, je ne pense pas que ceux qui oeuvrent directement au sein du système comprennent bien les politiques. Lors des consultations en vue de l'Étude du Solliciteur général sur la mise en liberté sous condition, auxquelles j'ai participé, nous avons fréquemment entendu, dans quatre des cinq régions, des délinquants aussi bien que des employés préposés à la préparation des cas se plaindre qu'ils ne savaient pas ce qu'on attendait des individus admissibles à une libération. N'étant pas certaine si la Commission nationale des libérations conditionnelles insistera pour faire l'essai d'absences temporaires avant l'octroi d'une libération conditionnelle de jour ou d'une libération conditionnelle de jour avant la libération conditionnelle totale, l'équipe chargée de la gestion des cas risque de préparer des projets de libération pour le "mauvais type de mise en liberté". Elle risque de recevoir des messages confus, des indications contradictoires et une rétroinformation pénible de tous les côtés. Nous avons entendu dire que puisque la Commission nationale des libérations conditionnelles ne pouvait aucunement s'en tenir à une politique ou à un "plan de jeu" particuliers, dans un cas précis, toutes les formes de décisions relatives aux programmes étaient empreintes d'une certaine incertitude et qu'on éprouvait de la difficulté à persuader les détenus de collaborer dans leur propre intérêt. En fait, c'est en partie pour pallier à cette incertitude que le Services correctionnel du Canada est maintenant engagé dans un projet visant à élaborer des "lignes directrices régissant les recommandations" en matière de mise en liberté.

Il est donc juste de dire qu'il y a beaucoup à faire pour que la politique de libération conditionnelle devienne plus claire, plus visible, plus précise. L'autre important problème en matière d'"imputabilité" pour lequel

les lignes directrices constituent la solution proposée est celui de la disparité. En d'autres termes, même si la politique de libération conditionnelle était claire et bien comprise, nous n'en serions pas moins inquiets si nous pensions qu'elle n'est pas appliquée équitablement. Lorsque la politique de libération conditionnelle n'est pas claire, comme je le prétends, nous avons d'autant plus raison de nous préoccuper de la disparité car, bien sûr, les difficultés que pose l'application uniforme d'une politique qui n'est pas claire sont énormes. Pourtant, il a été dit que si injustice il y a, la preuve n'en a pas été faite. On dit même qu'il n'y a pas lieu de s'en faire autant au sujet des disparités possibles au niveau de la libération conditionnelle au Canada, compte tenu des pouvoirs discrétionnaires limités dont jouissent les commissions des libérations conditionnelles au pays. Dans le cas des commissions provinciales des libérations conditionnelles, cela est certes vrai puisque tous leurs clients purgent par définition des peines de moins de deux ans et que leurs pouvoirs discrétionnaires ne s'appliquent habituellement qu'aux huit mois du milieu. Toutefois, dans le cas de la Commission nationale des libérations conditionnelles, on ne peut pas dire que le champ d'action, c'est-à-dire la partie de la peine à laquelle la libération conditionnelle est applicable, est particulièrement plus limité que dans de nombreuses juridictions américaines, par exemple. Le type de peine le plus courant aux États-Unis est identique au nôtre: peine d'une durée déterminée avec admissibilité à la libération conditionnelle lorsqu'une certaine partie, par exemple un tiers, a été purgée. Je soutiens, par ailleurs, qu'il est tout aussi important de prendre des décisions équitables à l'égard des personnes qui purgent de courtes peines que pour celles qui sont condamnées à de longues peines. Même si, en termes absolus, les conséquences peuvent être plus grandes dans un système où la durée possible de l'incarcération est beaucoup plus longue, le principe demeure le même: dans des circonstances comparables, les gens ont droit à ce que le gouvernement les traite de façon comparable.

Pourtant, il existe, je pense, beaucoup de preuves de l'existence d'une certaine disparité dans notre système fédéral. Permettez-moi de définir le terme "disparité": il s'agit d'écarts inexpliqués ou inexplicables dans les décisions, de différences dans le traitement des individus qui sont justifiées par des différences dans les caractéristiques de ces individus, mais qui ne sont pas du tout justifiées, en fait. Quelques études portant sur la prise de décisions en matière de libération conditionnelle au Canada ont tenté de "justifier" les décisions de la Commission nationale des libérations conditionnelles, et n'ont pu "expliquer" que dans une très faible mesure les différences dans les décisions prises. Certaines de ces études ont démontré que les décisions ayant trait à la libération conditionnelle sont dans une large mesure conformes aux recommandations du personnel chargé de la préparation des cas, ce qui est plutôt troublant si l'on considère qu'un grand

nombre d'agents préposés à cette fonction disent comprendre très peu en quoi consiste vraiment la politique de libération conditionnelle. Cette constatation donne presque à croire qu'il existe peut-être, non pas une politique de libération conditionnelle unique qui est appliquée de façon non uniforme, mais des douzaines ou des tas de politiques de libération conditionnelle appliquées par des douzaines ou des tas d'agents et de commissaires. Nous constatons par ailleurs des fluctuations annuelles marquées dans le taux d'octroi de la libération conditionnelle totale au Canada, ce qui indique qu'il existe une certaine disparité dans le temps. On dit parfois qu'il devient de plus en plus difficile de traiter avec la population pénitentiaire; cela est peut-être vrai mais ne justifie pas les augmentations qu'on observe parfois dans le taux de libération conditionnelle au cours des années qui suivent une période où ce taux a été en baisse. Il semble, en fait, qu'on puisse observer un rapport beaucoup plus étroit entre le taux de libération conditionnelle et le nombre d'échecs extraordinaires et décriés qui se produisent au cours d'une période donnée. Nous observons également des écarts marqués dans le taux de libération conditionnelle d'une région à l'autre, écarts qui ne s'expliquent pas par des différences entre les populations pénitentiaires, ni par les taux de récidive, dans les régions. Enfin, bien sûr, vous entendez aussi différents commissaires exprimer certaines différences quant à la conception de la libération conditionnelle ainsi qu'aux politiques et règles régissant celle-ci. À moins qu'il n'y ait aucun rapport entre la façon de concevoir la libération conditionnelle et le comportement, et nous nous refusons d'envisager cette hypothèse, les différences dans la façon de voir les choses se traduiront par des disparités dans les décisions.

Je viens de traiter, très brièvement, de la première série d'arguments à l'encontre des lignes directrices, et plus précisément de ceux voulant qu'elles n'aient pas leur raison d'être. J'espère avoir réussi au moins à semer l'ombre d'un doute dans votre esprit au sujet de cette opinion. En bref, ce que j'ai prétendu, c'est que la politique de libération conditionnelle n'est pas claire ni visible, et qu'elle se doit de l'être pour que cette importante institution publique soit pleinement justifiable, et pour guider les délinquants, les travailleurs en service social individualisé et les gens qui conçoivent les programmes qui mènent à la mise en liberté et englobent celle-ci. J'ai aussi soutenu qu'il est plus que raisonnable de croire qu'il existe des différences injustifiables dans la façon de traiter des cas similaires.

Permettez-moi maintenant d'examiner la question à savoir si les lignes directrices constituent la solution à ces problèmes, ou s'il existe d'autres façons d'y remédier efficacement, et si les lignes directrices comportent plus

d'avantages que d'inconvénients. D'abord, examinons certaines des solutions de rechange possibles aux lignes directrices qui sont parfois proposées comme moyens de restreindre les pouvoirs discrétionnaires. Si ces solutions pouvaient, dit-on, être affinées ou améliorées de quelque façon, le problème de la disparité pourrait être résolu, si nous reconnaissons qu'il existe un tel problème, et elles pourraient constituer un "avis" clair de politique publique.

On entend dire dans certains milieux que la collectivité peut être un précieux moyen de restreindre les pouvoirs discrétionnaires. Certes, le public ne se gêne pas pour faire savoir qu'il est mécontent, et il ne fait aucun doute qu'un profond mécontentement du public à l'égard des décisions touchant la libération conditionnelle se répercute vivement à tous les niveaux d'un organisme responsable de la libération conditionnelle. Toutefois, le fait d'être responsable vis-à-vis du public consiste, en un sens, à être responsable uniquement de ses échecs dont font état les journaux. Aucun individu sain d'esprit ne prétendrait, j'espère, qu'une institution publique devrait fonder ses décisions sur ce qui paraît dans les journaux. Et il est pratiquement impossible pour le public d'être au courant de tous les cas d'octroi ou de refus de la libération conditionnelle qui surviennent au cours d'une année et encore moins de les comprendre. De toute façon, nous ne diffusons pas de renseignements personnels sur un grand nombre de délinquants, pas plus d'ailleurs que la Commission d'appel de l'immigration ne raconte à la population la vie de tous ceux qui traitent avec elle. Par conséquent, la perception qu'a le public ne se fonde pas sur une compréhension informée à l'égard d'un échantillon représentatif de décisions de divers types, mais bien uniquement sur quelques échecs flagrants.

On dit parfois, en outre, que si d'autres améliorations pouvaient être apportées aux garanties de procédure qui entourent les décisions en matière de libération conditionnelle, on pourrait éliminer en grande partie la confusion et l'injustice. Cette opinion est surtout répandue, je suppose, dans les milieux juridiques. Je crois qu'elle est dans une large mesure injustifiée, bien que cela ne signifie pas que je sois contre l'amélioration des garanties de procédure; ce n'est pas le cas. Cependant, nous avons vu, même hier à cette Conférence au cours des allocutions préliminaires des premiers conférenciers à la plénière, surgir un thème avec lequel je suis presque entièrement d'accord, à savoir que les garanties de procédure ne valent presque entièrement que pour les questions de procédure. En un mot, le fait d'avoir recours à des audiences et à divers autres types de formes et garanties de procédure témoignent dans une large mesure de la façon dont le gouvernement prend ses décisions et n'indique que très peu ce que seront ces décisions ou sur quels critères elles seront fondées. Un avocat peut prétendre jusqu'à en devenir

bleu, par exemple, qu'un certain élément d'information a été ou n'a pas été utilisé comme il se doit. Toutefois, à moins que lui et le décisionnaire ne puissent "voir" les règles applicables à ce genre de cas, d'une manière très précise, l'avocat ne peut démontrer de façon adéquate comment la politique devrait ou ne devrait pas s'appliquer en l'espèce, ou comment un élément d'information particulier a ou n'a pas été pris en compte dans la politique et la décision. Je n'ai donc pas beaucoup confiance aux garanties de procédure. Même si nos tribunaux pouvaient se prononcer sur le fond des décisions ayant trait à la libération conditionnelle, ce qu'ils ne peuvent faire, ils ne pourraient être considérés comme un moyen adéquat ou approprié de limiter les pouvoirs discrétionnaires ou d'y remédier, étant donné que leur intervention dépend du désir et des ressources financières des détenus, que, de ce fait, on a très peu recours à eux et qu'ils sont tellement limités dans leur capacité de comparer la façon dont différents individus ont été traités. Autrement dit, ils ont besoin, pour fonctionner efficacement, que leur mode de fonctionnement soit régi par une base théorique claire.

On dit aussi parfois qu'en précisant le genre d'éléments dont elles tiennent compte, les commissions des libérations conditionnelles peuvent clarifier adéquatement la politique de libération conditionnelle et empêcher les injustices. C'est là l'approche que je qualifie de "liste d'emplettes". Même si les éléments mentionnés n'étaient pas de nature plutôt générale, ce qui est souvent le cas, la "liste d'emplettes" ne serait pas vraiment utile pour aider le public, le délinquant, les travailleurs en service social individualisé ou la Commission elle-même à juger de l'importance à donner à chaque élément, de son application à chaque cas et de la façon de combiner les divers éléments pour en arriver à la décision finale. En vous limitant à l'examen de la liste d'éléments, vous ne pourriez pas, en d'autres termes, déterminer avec une certaine précision si un détenu particulier devrait obtenir une libération conditionnelle. Vous pourriez seulement dire quelles étaient, dans la liste, les caractéristiques qui lui étaient propres et non la décision à laquelle la Commission serait amenée à prendre, compte tenu de ce profil. Quiconque a déjà remporté ou perdu un concours de la Fonction publique en raison des "qualités personnelles" comprendra facilement ce que je veux dire.

Nous entendons aussi l'opinion selon laquelle les règles deviendraient claires et la disparité serait éliminée si les mécanismes internes de révision et d'appel pouvaient être renforcés. À mon avis, cet argument comporte à bien des égards les mêmes défauts que l'argument à propos des garanties de procédures. En fait, je dirais que la révision interne, à l'instar du pourvoi en appel devant un tribunal, ne peut être vraiment efficace pour un large éventail de cas, à moins que cette procédure n'ait été utilisée dans des cas très variés (ce qui, presque par définition, ne se fait pas), et à moins que le

mécanisme en place ne dispose au préalable d'un ensemble de règles de fonctionnement relativement précises. On entend parfois les commissaires dire que l'existence d'un comité de révision interne ne fait que les inciter à inscrire plus minutieusement les motifs de leurs décisions, parfois d'une façon qui masque les "motifs réels" plutôt que de les mettre en relief. Et, bien sûr, les comités de révision internes, qui sont toujours un peu réticents à critiquer un collègue, sont gênés de le faire à moins d'avoir des raisons claires. À mon avis, cela va de soi, si nous n'avons pas de lignes directrices en matière de libération conditionnelle, il n'existe des difficultés "claires" que dans les cas extraordinaires. Vous ne pouvez formuler une politique globale en vous fondant sur les cas extraordinaires.

Les pouvoirs discrétionnaires sont soumis à d'autres soi-disant limitations dont on vante l'efficacité, par exemple l'audition des causes et la prise des décisions par des comités comprenant plus d'un commissaire. Étant donné que chaque commissaire est censé être indépendant des autres, on prétend que le recours à des comités de deux commissaires ou plus constituent un moyen d'éviter les caprices. Je crois que, de façon générale, il est moins risqué d'avoir deux décisionnaires qu'un seul, mais il est faux de prétendre qu'ils fonctionnent indépendamment. Ils en viennent tout au plus à avoir certaines normes communes et à partager certaines opinions, et comme nous tous lorsque nous prenons des décisions ensemble au sein d'un corps constitué, ils s'influencent mutuellement. Nous ne pouvons pas déterminer avec certitude comment ces décisions collectives sont prises, ni pourquoi il existe des différences évidentes dans les décisions prises par différents groupes.

Bref, je ne vois donc aucune solution de rechange susceptible d'offrir la garantie, ni même un espoir raisonnable, d'en arriver à des politiques claires ou des décisions équitables fondées sur ces politiques. Mais qu'en est-il de l'autre série de questions, c'est-à-dire les questions et les préoccupations concernant les lignes directrices elles-mêmes, principalement celles voulant que celles-ci fassent plus de tort que de bien? Dans le peu de temps qu'il me reste, j'aimerais passer en revue ces arguments à l'encontre des lignes directrices et répondre brièvement à chacun d'eux.

Bien sûr, la principale objection aux lignes directrices est qu'elles éliminent en fait les pouvoirs discrétionnaires, d'où une "égalité sur papier" qui cache une multitude d'injustices bien réelles. Je pense que cette crainte tient dans une large mesure à une mauvaise conception de ce que sont vraiment les lignes directrices. Celles-ci, comme je l'ai dit au début, ont un caractère administratif; il s'agit d'énoncés, formulés idéalement par l'organisme qui prend les décisions, définissant les règles qui s'appliqueront aux cas normaux et dans des circonstances normales. Si le cas n'est pas normal, s'il

n'est pas par conséquent conforme au modèle, s'il diffère des cas habituels d'une façon qui peut être perçue et justifiée, le décisionnaire peut alors s'écarter de la ligne directrice et dire pourquoi il l'a fait. Rien dans la notion de ligne directrice n'implique l'élimination des pouvoirs discrétionnaires. Les lignes directrices exigent seulement de l'organe qui prend les décisions qu'il indique quelles sont ses politiques, habituellement de façon très précise, mais si la politique n'est pas applicable en l'espèce - il est impossible d'imaginer une politique qui s'appliquerait à Clifford Olson, par exemple, son cas étant tellement inhabituel - le décisionnaire peut alors agir selon les impératifs, expliquant tout du long pourquoi il a jugé que ce cas était différent.

J'ai aussi entendu dire hier que l'inconvénient avec les lignes directrices, c'est qu'elles n'offrent pas la possibilité de réplique, ce qui n'est aussi qu'un préjugé. Je dirais plutôt que grâce au système de lignes directrices, le détenu est mieux en mesure de défendre sa cause d'une manière efficace, car il peut voir clairement les critères sur lesquels la décision est fondée et la façon dont ils ont été appliqués dans son cas. Il peut voir quels sont les éléments qui ont été pris en compte et ceux qui ne l'ont pas été, et il peut plus facilement commenter les deux genres d'éléments. Dans notre système actuel, il ne peut que soutenir qu'il satisfait aux trois critères énoncés par la loi, qu'il a une bonne attitude, qu'il s'est efforcé d'améliorer ses habitudes de vie et sa compétence professionnelle alors qu'il était au pénitencier, qu'il a été incarcéré pendant assez longtemps, qu'il s'est repenti de son crime et s'est vraiment amendé ... autrement dit il dit tout ce qui lui passe par la tête et qui pourrait l'aider. Toutefois, dans un système qui ne comporte pas de lignes directrices, il est encore pour lui acceptable de se faire répondre que, tout bien considéré, à tout prendre, et compte tenu des circonstances, on ne juge pas qu'il est un bon candidat à la libération conditionnelle. Ce n'est pas une réponse, ce n'est même pas honnête, car comme l'a dit le Dr. Gottfredson lors de la séance antérieure, et comme l'ont indiqué les études canadiennes, il existe en matière de libération conditionnelle des règles cachées ou invisibles qui régissent le fonctionnement de la plupart des commissions des libérations conditionnelles, mais ces règles ne sont pas "vues", ni reconnues, ni appliquées consciemment ou équitablement.

Un autre argument entendu à l'encontre des lignes directrices est qu'elles élimineront les variantes régionales importantes et justifiables. Ce sera le cas seulement si l'organisme qui établit les lignes directrices ne le fait pas en tenant compte comme il se doit des différences régionales importantes et justifiables qu'il y a lieu de maintenir. Cet argument n'est donc lui aussi qu'un préjugé. Il part du principe que les lignes directrices ne

peuvent être adaptées aux différences régionales, ce qui est aussi insensé que de dire qu'elles ne peuvent être adaptées aux différences parmi les délinquants. Si l'organisme qui établit les lignes directrices désire que celles-ci tiennent compte des variantes ou même des normes régionales, il est libre de les élaborer en conséquence. La seule chose dont il a vraiment besoin, en fait, c'est d'une raison défendable publiquement qu'il pourra invoquer à l'appui des distinctions faites.

Nous entendons dire, en outre, que les lignes directrices ne sont pas sûres, étant donné que bon nombre d'entre elles sont fondées sur des estimations statistiques du risque de récidive que présente le détenu, ce qui n'est certes pas une science exacte. Cependant, à la condition que ce risque soit un élément de la ligne directrice, et ce n'est pas une nécessité, il faut aussi reconnaître que les évaluations statistiques de risques sont plus sûres que les évaluations cliniques ou les jugements humains. De plus, le recours à des moyens statistiques nous assure que tous sont jugés de la même façon, que tous font l'objet de la "meilleure évaluation possible" quant au risque présenté. Le délinquant ne court pas le risque que ses chances soient évaluées par quelqu'un qui a une "théorie", non vérifiée et peut-être non vérifiable, au sujet de la récidive. Ce risque, le public ne le court pas non plus. De surcroît, un résultat statistique vous permet de voir de façon précise quels sont les facteurs dont on a tenu compte et ceux dont on n'a pas tenu compte, puis de discuter de ceux-ci et d'autres facteurs de façon plus intelligente. Une évaluation clinique du risque ne peut <u>jamais</u> être disséquée de manière à dégager les facteurs qui ont été pris en compte et la façon dont cela a été fait.

Je suppose que la plupart des arguments évoqués à l'encontre des lignes directrices peuvent, en fait, d'une manière ou d'une autre, être attribuables au sentiment qu'ils contreviennent à une certaine notion générale d'individualisation de la justice, ainsi que d'humanité. Je crois que ces craintes n'ont pas leur raison d'être. C'est l'antithèse de l'humanité que de ne pas dire aux gens quels sont les critères sur lesquels se fonderont les décisions qui seront prises à leur sujet, et de les laisser dans l'incertitude quant à leur avenir. Comme nous venons de le voir, les lignes directrices permettent d'adapter les décisions aux particularités de chaque cas, mais le décisionnaire doit dire pourquoi les particularités font que le cas fait exception à la règle générale. Enfin, il n'y a pas guère de quoi se vanter si, dans un système de "justice individualisée", des individus semblables commettant des crimes semblables dans des circonstances semblables ne sont pas traités de façon semblable. En dernière analyse, la "justice individualisée" est peut-être davantage une question de disparités individualisées. Pour ma part, j'estime que nous commettons une injustice si nous appliquons le système

actuel du laissez-faire dans la prise de décisions, qui se dissimule derrière le caractère sci-disant unique de chaque individu. Certes, tous les individus sont uniques, au moins sous un rapport - j'aime porter des bas dépareillés -, mais ils présentent aussi des similitudes qui sont significatives du point de vue de la politique de justice pénale et dont on peut tenir compte d'une façon plus systématique qu'en se conformant au statu quo.

LIGNES DIRECTRICES EN MATIÈRE DE LIBÉRATION CONDITIONNELLE: CONSTITUENT-ELLES UNE MÉTHODE VALABLE DE CONTRÔLE DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES?

Mary Casey
Commissaire principal du Bureau régional
de l'Atlantique
Commission nationale des libérations
conditionnelles
Moncton, Nouveau-Brunswick

La Commission nationale des libérations conditionnelles a des difficultés à accepter les lignes directrices dans son domaine à cause de la théorie du juste mérite qu'elles inspirent. Ces lignes directrices ne tiennent pas compte du fait qu'un détenu peut avoir changé au cours de son incarcération. Les procédures actuelles offrent des garanties qui ont aidé à satisfaire à la nécessité de faire une place au pouvoir discrétionnaire dans les prises de décisions relatives aux libérations conditionnelles. Il se peut cependant que, dans ce domaine, les critères aient besoin d'être encore affinés.

Je voudrais tout d'abord définir ce que sont ces lignes directrices. J'entends par là les lignes directrices qui sont fondées sur des modèles de notation tels que ceux qui sont utilisés par la Commission des libérations conditionnelles des États-Unis et par diverses autres commissions de ce pays.

Je voudrais maintenant décrire la situation au Canada et expliquer pourquoi la Commission nationale des libérations conditionnelles n'a approuvé aucun système de lignes directrices. Cela ne signifie pas que nous sommes hostiles à leur adoption mais aucun système n'a encore recueilli notre approbation. Une étude sur les critères de la libération conditionnelle est en cours et nous en avons également entrepris une autre sur le processus de prise

de décision qui, estimons-nous, va conduire à l'adoption de critères plus précis ou de lignes directrices, sous une forme ou sous une autre; je ne puis cependant pas encore vous dire si celles-ci ressembleront à celles que les États-Unis ont adoptées pour la libération conditionnelle.

Certes, ma conception des lignes directrices est tout à fait subjective car elle est fondée sur mon observation de ce qui arrive effectivement aux lignes directrices à la Commission des libérations conditionnelles des États-Unis et diverses autres commissions de ce pays, ainsi que sur des discussions avec de nombreux membres de telles commissions et de cadres de commissions des libérations conditionnelles aux États-Unis. Aucun commissaire ne peut aborder la question de lignes directrices sans une certaine nervosité. D'une part, il est très difficile de trouver des arguments contre un processus qui est conçu pour promouvoir l'impartialité et l'équité et que l'on peut considérer comme un moyen de brider des pouvoirs discrétionnaires parfois considérés comme arrogants et capricieux. De l'autre, il peut être tout à fait naturel pour des commissaire des libérations conditionnelles de vouloir conserver autant de pouvoirs discrétionnaires que possible, étant donné que beaucoup d'entre eux croient à l'idée d'une justice individualisée. Comme je viens de le dire, ma connaissance des lignes directrices relatives à la libération conditionnelle repose essentiellement sur ce que mes collègues et moi-même avons observé aux États-Unis.

Les critiques qui ont amené de nombreuses commissions américaines a adopter des lignes directrices n'ont bien entendu pas été épargnées à la Commission nationale des libérations conditionnelles. Nous n'avons pas encore décidé s'il était sage ou utile d'adopter un tel système car il existe des différences profondes entre le nôtre et ceux qui sont en vigueur aux États-Unis de qui, je le crois, exige d'être étudié avec soin avant que nous ne prenions de décision sur les types de lignes directrices ou de critères à utiliser dans la prise de décisions au Canada.

Une des premières différences que l'on peut observer est que le Canada n'utilise pas beaucoup les peines de durée indéterminée, du moins pour les délinquants adultes. Nous évitons ainsi, dans une large mesure, l'incertitude de la durée effective d'incarcération que de nombreux libéraux américains jugeaient inacceptable dans leur système avant l'adoption de lignes directrices. L'incertitude n'est pas non plus absente de notre système mais au moins, le détenu connaît ou apprend rapidement quelles sont les durées minimums et maximums de son incarcération avant qu'il puisse prétendre à une libération conditionnelle. Loin de moi la pensée que cette période d'incertitude est négligeable. Pour la moitié de nos détenus qui purgent une peine de cinq ans ou plus, elle est au moins de 20 mois, et je le reconnais, cela peut paraître

bien long. Cependant, si l'on peut dire qu'il y a divers degrés d'incertitude, ceux-ci représentent le bas de l'échelle. De toute façon, l'adoption de lignes directrices pour la libération conditionnelle n'est pas une garantie de certitude dans ce domaine.

Les détenus ne savent pas toujours comment seront évalués leurs antécédents ou leurs délits actuels. Ils ne savent pas non plus toujours si leur cas fera l'objet d'une peine d'une durée supérieure ou inférieure aux lignes directrices. Il se peut que l'obstacle le plus important auquel se heurtent les commissions canadiennes des libérations conditionnelles soit cette notion de châtiment ou de juste mérite qui nous paraît inhérente aux lignes directrices. Nous n'avons pas le sentiment de prendre des décisions qui concernent le châtiment. Notre Loi sur la libération conditionnelle de détenus fixe la date d'admissibilité à la libération conditionnelle dans laquelle nous voyons non seulement la peine minimum mais également, dans une plus large mesure, la durée du châtiment, ou la période de dénonciation comme la Commission canadienne de réforme du droit l'a baptisée. A ce stade, nous estimons que notre rôle n'est pas de décider si le délinquant a été suffisamment puni mais s'il constitue un risque pour la société et, dans la mesure du possible, de déterminer la nature de ce risque. À ce propos, il est exact que le jugement clinique n'est pas supérieur aux critères objectifs lorsqu'il s'agit d'évaluer un risque. Mais j'estime qu'il n'est certainement pas pire, du moins en ce qui concerne l'évaluation des risques de violence.

À mon avis, notre système de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence est proche de ce que les Américains appelleraient une peine "nette". Le détenu sait au moins quand se termine son incarcération et notre processus décisionnel me paraît donc être une question de décider non pas quand mais si une libération conditionnelle peut être accordée, ce qui confirme bien l'idée qu'au moment de la libération conditionnelle, ce sont les risques que nous évaluons.

J'aimerais également évoquer brièvement ce qui me paraît être une différence majeure d'attitude à l'égard de la libération conditionnelle entre les États-Unis et le Canada. Le mandat reconnu de nombreuses commissions américaines paraît consister à réduire les disparités entre les peines. Ce n'est pas là le mandat des commissions canadiennes et on pourrait dire qu'en fixant par la loi des dates d'admissibilité à la libération, l'intention du Parlement était de nous dégager d'un tel mandat. Je me rends bien compte que ceci ne constitue pas un argument contre les lignes directrices dans le contexte général de notre système de justice pénale mais c'en est un dans la perspective de la réflexion actuelle sur l'imposition des peines et la libération conditionnelle dans ce pays. Nous craignons également que les modèles actuels de

lignes directrices ne fondent surtout la décision de libérer le détenu sur des facteurs sur lesquels celui-ci n'a aucune prise, notamment ses antécédents et le délit pour lequel il est emprisonné. Nous continuons à avoir foi en l'idée de changement et même de réhabilitation. Des lignes directrices fondées sur des antécédents et le délit actuel pourraient donner lieu à des injustices à l'égard du détenu d'au moins deux manières différentes.

Tout commissaire de libérations conditionnelles connaît des détenus au casier judiciaire très chargé qui se sont en fait lassés de commettre des délits. Leur libération ne présente aucun risque et il me semble qu'un système de lignes directrices pourrait en fait être injuste à leur égard. Il pourrait également interdire la libération d'une personne qui a commis un délit très grave mais qui est prête à réintégrer la société et qui, nous en sommes presque certains, ne commettra plus jamais d'autres délits, à moins que vous ne trouviez une très bonne raison de juger son cas en dehors du système de lignes directrices. Je ne suis pas non plus du tout convaincu que notre concept de libération progressive, et notre responsabilité juridique à cet égard, puisse concorder avec un modèle de lignes directices. Le fait que je critique ces modèles ne signifie pas que je pense que la Commission nationale des libérations conditionnelles ou les commissions provinciales canadiennes désirent, ou devraient être autorisées à exercer leurs pouvoirs discrétionnaires dans l'ombre, conformément à des principes que l'on tait aux délinquants que nous évaluons ou au public que nous sommes chargés de protéger. Je suis convaincu que les procédures qui ont été adoptées par notre Commission au cours de ces cinq dernières années constituent des garanties qui ont en fait imposé dans une certaine mesure des limites précises à ces pouvoirs, encore que je ne prétende pas qu'on soit allé aussi loin qu'il eût été désirable de le faire. Nous nous en rendons parfaitement compte. Nous reconnaissons le bien-fondé de la critique selon laquelle les critères statutaires ou les lignes directrices que nous avons inclus dans notre manuel de politiques ne permettent pas à un détenu de décider s'il est ou non un candidat acceptable à la libération conditionnelle. Pour le Dr Nuffield il s'agit là d'une liste de facteurs et c'est en effet bien le cas. Comme je l'ai déjà dit, nous avons entrepris une étude approfondie de notre processus de prise de décisions afin d'établir, en premier lieu, l'étendue des incohérences ou de la partialité du processus. Par exemple, existe-t-il des différences régionales qui ne peuvent s'expliquer par la diversité de notre pays, la nature des populations de détenus, ou les types de collectivités dont ceux-ci sont issus? Nous sommes d'accord pour dire que nos critères statutaires ont besoin d'être mieux définis de manière à ce qu'un candidat possible à une libération conditionnelle puisse être mieux informé des raisons de nos décisions et ait peut-être la possiblité

d'améliorer ses chances de libération précoce. Des critères mieux définis aideraient également le grand public à comprendre nos décisions et donneraient plus de valeur à notre responsabilité à son égard.

J'estime que si l'on établit des critères ou des lignes directrices plus précis dans le cadre du mandat donné par les lois canadiennes aux organismes de libération conditionnelle, elles auront peut-être certains points communs avec les lignes directrices américaines. Ils s'appuieront problablement plus que dans le passé sur un système de points fondé sur les facteurs les plus frappants, mais j'espère qu'on pourra établir ces lignes directrices de manière à nous aider à déterminer non seulement la longueur de l'incarcération méritée par le délinquant mais également l'importance du risque qu'il représente pour la société au moment où la Commission décide de le relâcher. Le résultat sera probablement un exemple classique de compromis canadien. Je pense que nous ferons quelques sacrifices sur le plan de l'uniformité et d'une forme individualisée de justice pour établir un équilibre acceptable entre les deux. Pour conclure, et pour répondre à la question de savoir si les lignes directrices constituent un contrôle valable des pouvoirs discrétionnaires, je dirai donc qu'à mon avis, les faiblesses du système canadien ne sont pas suffisamment graves pour exiger une refonte totale du processus de prise de décisions qui s'inspirerait des modèles fournis par la Commission des libérations conditionnelles des États-Unis. Il n'en reste pas moins qu'il importe de revoir nos critères de manière à les rendre plus précis et plus compréhensibles, et nos décisions plus prévisibles.

TRANSPARENCE ET SYSTEME DE LIBERATION CONDITIONNELLE: LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT

David Cole
Avocat
Toronto, Ontario

En raison partiellement de la confusion qui touche l'article 54 de la Loi sur les droits de la personne, lié à la liberté d'accès à l'information, et partiellement en raison de l'attitude de certains agents de libérations conditionnelles, les renseignements relatifs aux décisions prises en matière de droit et de liberté des détenus ne sont pas divulgués adéquatement. Il est urgent de préciser la question de la liberté d'accès à l'information et de se décider en faveur d'une divulgation pleine et entière. Pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire soit impartial et équitable, il faut que la Commission des libérations conditionnelles ne puisse plus se réclamer d'un "pouvoir discrétionnaire absolu" pour garder sous le boisseau des informations susceptibles de remettre en cause la liberté d'une personne.

Les organisateurs de cette Conférence m'ont demandé de faire part de mon expérience en ce qui a trait à l'obtention de renseignements de la part des autorités correctionnelles et de donner mon avis au sujet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la part de ces autorités. J'aimerais bien préciser pour commencer que je m'en tiendrai à mes relations avec les agents du service des libérations conditionnelles et avec les commissaires de la Commission nationale des libérations conditionnelles. Je ne me juge pas compétent pour parler des relations avec les responsables des prisons ou des pénitenciers.

En second lieu, même si mes observations constituent aujourd'hui une critique sévère du comportement des personnes liées aux décisions de libération conditionnelle, je n'en suis pas moins conscient du rôle difficile qu'elles doivent jouer.

En ma qualité d'avocat en exercice, impliqué quotidiennement dans les questions de suspension et de révocation des libérations conditionnelles, je dois trop souvent déplorer l'attitude des responsables qui se plaisent à jouer de leur puissance lorsqu'il s'agit de divulguer des renseignements à moi-même ou à mes clients.

On pourrait me rétorquer que je ne sais pas vraiment de quoi je parle étant donné que mon informateur ou mon client n'est souvent pas digne de foi dans ses accusations ou que je fais preuve d'un préjugé lorsque l'on ne me communique pas certaines choses le concernant puisque je me sens responsable uniquement envers mon client et non envers "l'intérêt général" que les responsables des libérations conditionnelles doivent considérer. Même s'il est tentant de ne pas tenir compte de mes observations pour ces motifs, nous savons tous que la divulgation des informations fait partie des règles du jeu et il s'agit en fait de savoir ce que l'on peut faire pour remédier à ce type de comportement.

D'après mon expérience, et d'après celle de mes collègues qui sont eux aussi avocats de la défense, le problème se pose tout particulièrement dans le domaine de la divulgation de renseignements censés être confidentiels. J'aimerais traiter de ce sujet à deux niveaux: le pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements fournis par des tiers et le pouvoir discrétionnaire de divulguer des rapports émanant de spécialistes de la santé mentale.

J'ai pu constater avec l'expérience que les agents de libérations conditionnelles, affirmant être liés par le secret professionnel se refusent purement et simplement à divulguer des renseignements tirés des rapports de police. Pourtant, la police ne fait pour sa part aucune difficulté pour divulguer le contenu de ces rapports. Dans de nombreux cas, il est possible de contacter directement l'agent chargé de l'enquête et, depuis le 1er octobre 1981, il existe en Ontario des mécanismes officiels régissant la divulgation des renseignements en possession de la Couronne. A de rares exceptions près où il y a de véritables raisons de croire que la sécurité physique des témoins peut être remise en cause, les lignes de conduite du Procureur général sur la divulgation stipulent que la Couronne a en fait l'obligation (a) de divulguer la cause de la Couronne à la défense, et (b) de fournir toute autre preuve pertinente que la Couronne n'a pas l'intention de faire figurer dans sa cause. Lorsque ces lignes de conduite ou ce type de divulgation sont insuffisantes

pour me permettre de préparer ma plaidoirie, il existe des mécanismes qui m'autorisent à obtenir des renseignements supplémentaires sous serment. Je peux, si nécessaire, faire témoigner l'agent chargé de l'enquête lors de l'audience de libération sous caution ou, lorsqu'il s'agit d'un acte criminel, de demander une enquête préliminaire.

De toute évidence, on assiste donc à une étrange schizophrénie lorsqu'il s'agit de fournir des renseignements. Nous avons d'une part l'agent de libérations conditionnelles, soit la personne en contact le plus étroit avec le libéré conditionnel qui refuse de divulguer des renseignements sur mon client alors que, d'autre part, l'agent de police, qui a recueilli ces renseignements, accepte sans difficulté de rendre des comptes au libéré conditionnel ou à son avocat. Dans mes relations avec la Commission des libérations conditionnelles, cette caractéristique schizophrène de la divulgation des renseignements s'est révélée encore plus prononcée. Avant l'audience qui suit une suspension, la Commission hésite rarement à me divulguer la totalité des renseignements que lui a fournis la police. A moins qu'il ne s'agisse d'une affaire de haut vol, il me suffit de convoquer la Commission et de lui demander ce qui est reproché à mon client.

Lorsque je demande pour quelles raisons les agents de libérations conditionnelles ne me fournissent pas les renseignements que je désire obtenir, on me répond généralement, lorsqu'il s'agit de décision d'octroi d'une libération conditionnelle, que la raison en est l'article 54 de la Loi canadienne sur les droits de la personne. Comment se fait-il qu'une législation censée garantir la liberté d'accès à l'information serve à bloquer l'obtention de cette information? De la même manière, lorsqu'il s'agit d'une suspension de libération conditionnelle, je m'entends dire que les renseignements fournis par la police sont confidentiels. Comme d'autre part la police est prête à divulguer ces renseignements et qu'il existe d'autres mécanismes permettant de les obtenir, l'argument portant sur la confidentialité n'a aucun sens.

Il est difficle alors de ne pas se montrer soupçonneux. Mais avant d'aller plus loin, j'aimerais traiter du pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la divulgation des renseignements confidentiels. J'ai souvent rencontré des cas où il est allégué que le libéré conditionnel s'est rendu coupable de voies de fait sur la personne de son conjoint. Dans un tel cas, je constate que les agents de libérations conditionnelles et les commissaires divulguent le moins de choses possibles. La véritable raison de la suspension est souvent révélée de manière confidentielle uniquement à la suite de l'audience postérieure à la suspension. C'est ainsi, par exemple, que l'on va me révéler à cette occasion que le libéré conditionnel a été inculpé de conduite avec des

facultés affaiblies alors que la raison véritable de la révocation de libération conditionnelle est que sa femme a appelé l'agent de libérations conditionnelles en lui déclarant qu'il la battait.

En tant qu'avocat, je trouve cela scandaleux. Lorsque la liberté d'une personne est en jeu, c'est la moindre des choses que de mettre à l'épreuve d'une manière ou d'une autre les allégations du conjoint sans se contenter d'appliquer des mécanismes internes du service correctionnel que la personne dont la liberté est en jeu ne peut voir fonctionner. De toute évidence, les questions qu'il convient alors de se poser sont les suivantes: l'épouse a-t-elle porté plainte à l'encontre du libéré conditionnel; a-t-elle quitté le domicile ou entrepris des démarches pour mettre fin à la relation avec son conjoint? A-t-il une personne, un ami ou un médecin, en mesure de corroborer ses allégations? Je sais bien que la Commission ne s'embarrasse de fictions légales telles que la preuve hors de tout doute raisonnable, mais il m'arrive souvent de ne pas pouvoir répondre à ces allégations au nom de mon client parce que la Commission, sur l'avis du Service correctionnel, ne me fait part de ses allégations qu'après l'audience, et uniquement de manière confidentielle.

Ce qui est plus grave encore à mon point de vue, c'est que ce pouvoir discrétionnaire est souvent exercé de manière condescendante. Tout notre système juridique part du principe qu'une personne dont la liberté est en jeu ne peut s'en voir privée que dans des circonstances claires aux yeux de tous. Je voudrais ici me référer brièvement à deux affaires judiciaires récentes, la première d'entre elles étant l'affaire Nicholson (1979) R.C.S. 311. Nicholson était en l'espèce un comptable à l'essai qui, à la fin de sa période d'essai, a demandé a être titularisé. Sa demande a été rejetée. Lorsqu'il en a demandé la raison, la Commission locale des Commissaires de police l'a informé qu'il n'était pas fondé à en connaître les raisons. Dans une décision prise à la majorité, la Cour suprême du Canada a statué que "l'obligation d'agir avec impartialité" signifiait que Nicholson, à qui l'on refusait de gagner sa vie, était en droit de savoir pour quelles raisons cette décision avait été prise et de répondre aux reproches qui lui étaient faites. Il est significatif de constater que la Cour se refusait désormais à accepter l'attitude condescendante des Commissaires de police qui consistait au mieux à dire: "Oui, nous savons toutes sortes de choses sur vous, mais nous ne sommes pas prêts à vous le dire."

L'affaire Dubeau (1981) 54 C.C.C. (2e) 553 a trait aux libérations conditionnelles, et c'est là la deuxième affaire que je voudrais signaler. En l'espèce, l'agent de libérations conditionnelles s'est aperçu que M. Dubeau avait ouvert des compte des crédits sans l'autorisation préalable de son agent

de libérations conditionnelles. A la suite d'une entrevue disciplinaire, une condition spéciale a été apposée sur son certificat de libération conditionnelle, limitant son droit d'utilisation du crédit. Ce même jour, il a été arrêté par la police. Sa libération conditionnelle a été suspendue et Dubeau a été informé avant l'audience postérieure à sa suspension que c'est en raison de son abus de crédit qu'il avait été suspendu. Toutefois, à la suite de l'entrevue disciplinaire, Dubeau avait été mis en détention et n'avait plus la possibilité d'abuser du crédit. Lors de sa comparution dans le cadre de l'audience postérieure à la suspension, Dubeau n'a pas été interrogé beaucoup sur sa façon d'utiliser le crédit. On lui a posé des questions au sujet des accusations criminelles. Toutefois, les motifs de révocation de la Commission n'allèguent que le fait qu'il a fait preuve "d'irresponsabilité financière". Si, dans cette affaire, la Commission s'était dite: "Bien, nous allons considérer à la fois la question du crédit et celle des accusations portées par la police" je doute que la Cour serait intervenue compte tenu de l'article 6 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus qui affirme que la Commission a "entière discrétion" pour accorder "les enquêtes... que la Commission juge nécessaires". Mais le sens véritable de la décision prise par la Cour, renversant la décision de révocation, est que la Commission des libérations conditionnelles, et par conséquent les surveillants de libérations conditionnelles, ne peuvent se permettre d'agir comme des "grands frères". Les principes actuels régissant les droits de la personne évoluent en même temps que les responsabilités des décisionnaires, qui doivent mettre carte sur table lors des décisions touchant les libertés personnelles (se reporter aussi à l'affaire Morgan & Sango c. La Commission nationale des libérations conditionnelles (n° 2) F.C.A. 7W.C.B. 152).

Pourtant, les responsables des décisions de libération conditionnelle, dans leur grande majorité, oublient souvent de faire preuve de la moindre compréhension sur ces questions fondamentales. Ils continuent en dépit de tout à faire montre de leur puissance en contrôlant l'information. Mes collègues et moi-même sommes sincèrement d'avis que les agents des libérations conditionnelles et, dans une moindre mesure, les commissaires, considèrent les questions liées à la divulgation des renseignements comme étant au mieux gênantes et au pire susceptibles de remettre en cause ce que le J.C.C. Laskin a appelé leur "autorité tyrannique". C'est tout simplement faire preuve de mépris envers la dignité de la personne que de fonder des décisions touchant la liberté sur des renseignements qui ne sont pas divulgués.

Le troisième type de raisons alléguées pour ne pas divulguer des renseignements concerne le plus souvent la question des rapports élaborés par des spécialistes de la santé mentale. On allègue souvent qu'il s'agit de protéger la personne ayant élaboré le rapport en question. Il arrive plus fréquemment,

toutefois, que l'on se refuse à la divulgation parce que la communication de renseignements aux détenus ou aux libérés conditionnels viendrait en quelque sorte remettre en cause la relation thérapeutique.

Dans le rapport qu'il vient de publier, Report Into The Confidentiality of Health Information, J. Krever examine ces deux questions à la lumière de la divulgation des rapports psychiatriques élaborés par le personnel de l'établissement au sujet des détenus de Penetang devant passer en audience devant la Commission d'examen consultative à la santé mentale. Il affirme: "Je ne peux accepter une conclusion qui s'en remet entièrement aux jugements de ceux qui traitent le patient. Agir ainsi c'est soulever la question du ... paternalisme professionnel... (qui, ... quelles que soient ses bonnes intentions... est moins justifiable qu'il ne l'était à l'époque où les clients étaient moins avisés et moins éduqués.... Je ne vois pas au nom de quel principe de droit ou de morale le médecin devrait cacher à son malade ce que ce dernier veut savoir." A la lumière du rapport Krever, il m'apparaît inconcevable que des rapports élaborés par des spécialistes de la santé mentale ne puissent être divulgués dans leur totalité aux détenus et aux libérés conditionnels.

Les agents de libérations conditionnelles et les commissaires de la Commission des libérations conditionnelles jouent à un autre jeu qui va dans le sens de la proposition faite par J.A. Arnup dans la décision prise par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Abel (1981) 56 C.C.C. (2e) 153. A cette occasion, le juge a indiqué que dans certaines circonstances et dans le cadre de Penetang, il pourrait être approprié de divulguer le contenu d'un rapport psychiatrique confidentiel à l'avocat à condition que ce dernier s'engage à ne pas le divulguer à son client. Je rencontre souvent ces situations en matière de libérations conditionnelles. L'agent de libérations conditionnelles ou le commissaire acceptera de me divulguer les renseignements confidentiels si je m'engage à ne pas les transmettre à mon client. Je considère que cela est inacceptable pour deux raisons. Tout d'abord, il s'agit là d'une tentative assez évidente m'engageant à jouer le jeu de la non divulgation des renseignements. Ensuite, et ce point est encore plus important, cela traduit une incompréhension fondamentale des relations entre l'avocat et son client. Dans de nombreux pays, il semble que l'on évolue rapidement vers un droit voulant que si le client insiste, le responsable de la décision doit lui révéler ce qu'il sait. Sur ce point je vous recommande le rapport de J. Krever Report on the Confidentiality of Health Information. Tout au long de ce rapport, et plus particulièrement au chapitre 24, ces questions sont exposées en détail.

Laissez-moi revenir à ma question originale. Pour quelles raisons les agents de libérations conditionnelles et les commissaires de la Commission de libérations conditionnelles jouent à ce type de jeu en ce qui a trait à

l'information? L'une des réponses, que l'on ne peut passer sous silence, c'est qu'il existe sans aucun doute quelques personnes qui n'ont pas leur place au sein du Service correctionnel. Malheureusement, il y a des personnes qui tirent un plaisir presque sadique de leur pouvoir sur les libérés conditionnels et ce sont celles qui abusent le plus fréquemment de leur pouvoir discrétionnaire. Mais la question ne s'arrête pas là et il ne suffit pas de répondre que le problème vient de la présence de quelques brebis galeuses.

Pour la plupart, les gens qui oeuvrent dans le domaine des libérations conditionnelles, tant au niveau fédéral que provincial, sont des gens tout à fait comme il faut qui, malheureusement, ont les idées quelque peu embrouillées et, dans une certaine mesure, se sentent quelque peu menacés par tous ces problèmes de divulgation. Je suis bien conscient que les agents de libérations conditionnelles sont aux prises avec des personnes difficiles et manipulatrices, avec des problèmes humains complexes et poignants et avec des exigences et des attentes contradictoires, tout cela étant encore exacerbé par le fait que les services sont sous-équipés et les agents sous-payés. J'estime qu'il est de toute première urgence de préciser la position des agents de libérations conditionnelles vis-à-vis de la question complexe de la divulgation. A mon avis, l'ensemble de la législation, des manuels de politique et de la formation permanente des agents de libérations conditionnelles devraient être axés désormais sur l'instauration d'une politique favorable à la divulgation de tous les renseignements sur demande. Je reconnais qu'il est légitime que certaines choses restent confidentielles, les notes personnelles des agents de libérations conditionnelles en étant un bon exemple, mais la Commission comme le Service correctionnel ne doivent plus pouvoir se retrancher derrière l'expression "discrétion absolue" pour ne pas divulguer des renseignements susceptibles de mettre en cause la liberté d'une personne. Les affaires que je viens de décrire montrent que les cours sont de plus en plus prêtes, en se réclamant de la doctrine de l'obligation d'agir impartialment, à revoir sur le fond les décisions de libération conditionnelle. Je suis persuadé que si les véritables raisons sur lesquelles se fondent les responsables des libérations conditionnelles pour prendre leurs décisions ne sont pas divulguées, les cours annuleront les décisions refusant d'accorder une libération conditionnelle, la révoquant ou en modifiant les conditions.

"STRUCTURE DE L'ORGANISATION ET PRISE DE DÉCISION"

Dave Kennedy
Directeur exécutif
"John Howard et Elizabeth
Fry Society" de Manitoba
Winnipeg, Manitoba

La structure de l'organisation et l'environnement physique dans lesquels s'exerce le pouvoir discrétionnaire influent fortement sur la nature des décisions qui sont prises. Une atmosphère oppressive s'opposera constamment aux efforts d'amélioration de la qualité des décisions. Par ailleurs, la façon de structurer l'environnement ou le cadre dans lequel s'exerce le pouvoir discrétionnaire, tout particulièrement par l'intermédiaire de la centralisation, nous amène inévitablement à privilégier les exigences du système sur celles de l'individu dont le système a la charge.

Aux fins de cet exposé, je définirai dans la pratique le pouvoir discrétionnaire en disant qu'on le retrouve chaque fois qu'une personne, généralement un spécialiste de la justice pénale, décide de faire ou de ne pas faire quelque chose susceptible d'améliorer ou d'affecter de manière significative l'avenir du délinquant. Il ne s'agit pas de savoir si ce délinquant mérite que l'on se mêle de son avenir à son avantage ou à son détriment; c'est la possibilité d'influer sur cet avenir qui confère toute son importance à la question des pouvoirs discrétionnaires. Mes observations porteront sur le problème du pouvoir et mettront avant tout l'accent sur les domaines du système dans lesquels l'exercice du pouvoir discrétionnaire remet en cause de manière significative l'avenir des détenus.

Voici la liste incomplète des principaux domaines dans lesquels s'exerce le pouvoir discrétionnaire:

1) lorsqu'une victime ou un témoin choisit de signaler ou non une infraction;

2) lorsqu'un policier choisit de porter ou non une accusation précise;

3) lorsque la Couronne choisit de porter ou non une accusation précise;

4) lorsqu'une décision de libération sous caution est prise;

5) lorsque la sentence est prononcée.

C'est délibérément que j'ai omis le verdict de culpabilité ou d'innocence. En théorie, le juge ou le jury doivent déclarer une personne innocente s'il reste un doute quelconque dans leur esprit et que le verdict découle automatiquement de la preuve. Dans la pratique, les choses ne sont pas toujours aussi claires et les juges doivent souvent choisir entre deux témoignages contradictoires, exerçant par là même un pouvoir discrétionnaire à propos d'une évaluation assez objective de la situation. En théorie, le verdict ne relève donc pas du pouvoir discrétionnaire mais, dans la pratique, il en est souvent ainsi.

Les autres domaines dans lesquels le pouvoir discrétionnaire a de l'importance sont les suivants:

6) placement dans un établissement;

7) acceptation des demandes et fourniture des services d'aide personnelle: psychologique, professionnelle, éducative, sociale, récréative, médicale, etc.;

8) prise en note et compte rendu d'évaluation du rendement et du potentiel de chaque détenu. Il s'agit là d'un point sur lequel le pouvoir discrétionnaire peut prendre une grande importance étant donné que l'évaluation qui est faite à l'origine du détenu pourra l'accompagner aussi longtemps qu'il purge sa peine et avoir une très grande influence sur son avenir, qu'elle soit exacte ou non;

9) qualité de la vie dans la prison. C'est là une catégorie générale qui recouvre une multitude de décisions qui détermineront la qualité de la vie des détenus incarcérés. Ces décisions consisteront par exemple à

accorder ou à supprimer une réduction méritée de peine; à rétablir une réduction méritée de peines statutaire frappée de déchéance; à prendre des décisions de transfert, à procéder à l'affectation des tâches et à prononcer des sanctions disciplinaires. Prises individuellement, la plupart de ces décisions discrétionnaires ne revêtiront pas une très grande importance au regard de la définition de travail que je me suis donnée, mais l'effet cumulatif de ces différentes décisions remet en cause de manière significative l'avenir des personnes concernées. La seule exception est celle de la décision discrétionnaire de recourir à l'isolement. Je pense qu'une telle décision a une importance significative en soi.

Je n'ai pas figuré les plans de séjour individualisés parmi les décisions discrétionnaires significatives puisque, à mon avis, tout plans de séjour individualisés perd tout intérêt ou toute signification si d'autres décisions discrétionnaires ne sont pas prises. Une décision discrétionnaire refusant au détenu l'accès aux ressources et aux services d'aide dont il a besoin peut rendre inopérant le plan de séjour individualisé.

Le dernier domaine dans lequel s'exerce le pouvoir discrétionnaire est celui des différentes décisions de mise en liberté telles que:

10) décisions portant sur les absences temporaires;

11) décisions de libération conditionnelle; et

12) décisions de révocation.

La première question que j'aimerais traiter est celle de la structure au sein de laquelle s'exerce le pouvoir discrétionnaire. L'aptitude à exercer ce pouvoir et la qualité de la décision qui s'ensuit sont fréquemment influencées par la structure de l'organisation dans laquelle s'exerce ce pouvoir discrétionnaire. Si l'ambiance au sein de l'établissement est négative, destructrice, dure, impersonnelle ou inhumaine, les décisions discrétionnaires auront elles aussi tendance à être destructrices, dures et inhumaines. Nous savons tous que l'atmosphère dans un milieu quelconque est due à l'ensemble de caractéristiques physiques et humaines très diverses. Certaines couleurs ont un effet apaisant. La texture des matériaux de construction peut être chaude ou froide. La quantité d'espace et la liberté des mouvements peuvent accroître, ou au contraire diminuer, les tensions dans un bâtiment. Le comportement des individus a un effet significatif sur l'ambiance. Une personne de mauvaise humeur a tendance à prendre des décisions dures. Lorsque les responsables de la direction des prisons et ceux des syndicats sont aux prises dans des

négociations de contrat particulièrement difficiles et tendues, l'atmosphère de la prison change, comme change la qualité des décisions discrétionnaires.

La plupart des prisons sont des forteresses de béton, grises et froides, et la tristesse du paysage, l'espace restreint, le bruit excessif et l'opposition eux/nous qui caractérise le personnel et les détenus, invitent les conflits. Dans cette situation, on peut difficilement s'attendre à des décisions discrétionnaires chaleureuses, humaines et constructives. Même dans les nouveaux établissements correctionnels aux couleurs vives et agréables, on ne peut échapper à l'impression de vase clos et à l'absence de perspectives visuelles. De par sa nature, la prison ne peut engendrer des décisions discrétionnaires toujours constructives. Ce n'est pas là faire la critique des gens qui travaillent dans un établissement mais celle des établissements eux-mêmes qui abritent l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

L'organisation elle-même de l'établissement au sein duquel doit s'exercer le pouvoir discrétionnaire s'oppose à ce que les décisions soient justes et conformes aux objectifs et à la finalité du système d'administration de la justice pénale. Le volumineux Manuel de gestion des cas en est un bon exemple. Sa taille suffit à désavouer la centralisation et la structuration du cadre dans lequel s'exerce le pouvoir discrétionnaire. Plus les décisions sont prises d'en haut, moins il est probable que les décisions discrétionnaires qui seront prises tiendront compte des besoins du détenu individuel et plus il est probable qu'elles s'appuieront sur les exigences de l'organisation. En d'autres termes, les objectifs de l'organisation sont axés à la base sur le client dont elle a la charge mais en leur superposant toute une série d'exigences propres à l'organisation. Plus l'on s'éloigne du groupe client, plus il est vraisemblable que les décisions seront fondées sur les besoins de l'organisation et non sur ceux des clients.

Les critères de fréquence minimale de surveillance des libérations conditionnelles nous offrent un bon exemple de l'influence des besoins de l'organisation sur la prise de décision. Aux termes du Manuel de gestion des cas du Service correctionnel du Canada, la libération conditionnelle a pour objet d'aider les détenus libérés sous condition à réintégrer avec succès la société à la suite d'une période d'incarcération:

> La libération conditionnelle est le moyen de surveiller la conduite du libéré pour qu'il ne devienne pas un risque injustifié pour la société et qu'il vive, avec les restrictions imposées à son comportement par la Commission nationale des libérations conditionnelles, selon des conditions acceptables par la collectivité en général. La surveillance de la libération conditionnelle offre la possibilité d'exercer un contrô-

> le limité en maintenant une surveillance sur la conduite du détenu, tout en veillant à ce qu'il soit aidé à faire face à ses besoins dûment évalués, soit par des services fournis directement, soit en le dirigeant vers des services et des ressources appropriés, dans la collectivité.[1]

Selon cette description, la surveillance de la libération conditionnelle tient compte à la fois des besoins du libéré conditionnel et de ceux de la collectivité. Les critères de surveillance minimale sont, aux yeux du Manuel de gestion des cas, conformes aux objectifs de la surveillance des libérations conditionnelles. Toutefois, le manuel précise par ailleurs que l'on a tout aussi besoin de ressources correctionnelles pour jouer le rôle de supervision des libérations conditionnelles de manière à la fois rentable et efficace. L'allocation des ressources destinées à réaliser ces buts s'appuie en partie sur le fait qu'il est possible d'estimer les besoins et les risques présentés par des détenus mis en liberté conditionelle en fonction des catégories qui reflètent, en termes relatifs, l'intensité du contact, la surveillance de la conduite et l'assistance qui sont requises.[2]

Donc, au niveau de l'organisation, il y a une exigence d'efficacité et de rentabilité susceptible d'apporter au client un meilleur service au sein de la collectivité, sans que cela soit automatiquement le cas. Les critères minimums sont exposés en détail au chapitre 12, section 3, paragraphe 5 du Manuel de gestion des cas qui précise, entre autre: "Une circulaire de service a été rédigée pour servir de guide à l'allocation des ressources et pour fixer la fréquence minimale de rencontres avec les détenus dont l'objet est de les aider à atteindre les buts poursuivis par la libération conditionnelle." On peut lire un peu plus loin dans ce même paragraphe: "Le rendement des surveillants et l'imputabilité en général de la surveillance se mesurent en partie en fonction du respect des normes de cette surveillance en tant que minimum acceptable de prestation de services pouvant être autorisé." Il est significatif de constater que le rendement des surveillants de libérations conditionnelles et que l'imputabilité d'ensemble de la surveillance des libérations conditionnelles constituent le sujet de préoccupation. Ce sont les besoins du système et non ceux du client ou de la collectivité qui ont la priorité. Le paragraphe 9 précise que "tous les détenus doivent être examinés

---

1 Service correctionnel du Canada, Manuel de gestion des cas, Chapitre 12, Section 1, Mai 1980.

2 Ibid, Chapitre 12, Section 2, Paragraphe 3.

par le surveillant de section et par le surveillant de l'agence concerné, avant de les faire passer dans une catégorie de surveillance plus ou moins rigoureuse. C'est au surveillant de section qu'il incombe de prendre une décision au sujet des changements de catégories. En cas de désaccord, le directeur de district doit trancher la question".[3]

La section du Manuel de gestion des cas qui s'attache à la surveillance des libérations conditionnelles commence donc par mettre l'accent sur les services rendus aux libérés conditionnels et à la collectivité. Mais la préoccupation change lorsque l'on se met à parler des normes de surveillance. Ces normes s'appuient sur un ensemble de critères arbitraires se rattachant davantage à l'efficacité de l'organisation qu'aux objectifs avoués de la surveillance. L'apparition des mesures liées à l'imputabilité modifie encore les perspectives en nous éloignant des besoins du libéré conditionnel pour nous rapprocher de ceux de l'organisation. En fin de compte, la responsabilité des décisions touchant les libérés conditionnels est portée à un niveau plus élevé de l'organisation et retirée au personnel exécutant placé en première ligne, pour être confiée à l'administration. Ainsi, par exemple, les décisions visant à changer la catégorie de surveillance sont passées en revue par des personnes qui ne sont pas directement en contact avec le client ou avec sa communauté.

Après avoir posé le problème, j'aimerais proposer une façon d'en arriver à une solution. La première étape consiste à prendre toutes les ressources actuellement consacrées à la structuration de l'environnement dans lequel se prennent les décisions discrétionnaires et à les réaffecter à l'amélioration des possibilités offertes au personnel de prendre des décisions discrétionnaires de qualité et liées directement aux objectifs de l'organisation, et non aux besoins structurels. La deuxième est de confier à la collectivité le soin de contrôler plus directement l'exercice du pouvoir discrétionnaire de façon à ce qu'elle puisse avoir une participation plus directe à la satisfaction des besoins du délinquant. Nous pourrions être surpris de la tolérance et de l'aide du public si nous savions prendre nos responsabilités envers la collectivité et lui permettre de s'impliquer.

A titre de conclusion, je dirai deux choses, la première sous forme de question: le pouvoir discrétionnaire peut-il s'exercer avec justice dans l'univers des prisons? La deuxième, sous forme de constatation: la structuration de l'environnement ou du cadre dans lequel s'exerce le pouvoir discré-

---

3 Ibid, Section 3, Paragraphe 9.

tionnaire, tout particulièrement par l'intermédiaire de la centralisation, nous amène inévitablement à privilégier les besoins du système par rapport aux besoins du client, qui déterminent pourtant les objectifs de l'organisation.

LA DIMENSION HUMAINE DANS LA PRISE DE DÉCISION

Gerald Gall
Professeur adjoint
Faculté de droit
Université de l'Alberta

On doit, dans les études faites sur la prise de décision, tenir compte des aspects tant objectifs que subjectifs de ce processus. En plus des étapes nettement identifiables, telles la compilation de l'information et l'esquisse des solutions de rechange, la prise de décision comporte un certain nombre d'éléments subjectifs qui sont profondément enracinés dans la nature et dans la personnalité du décisionnaire. C'est en reconnaissant l'influence des facteurs subjectifs que nous arriverons peut-être à mieux comprendre le processus de la prise de décision et que nous serons à même d'améliorer la qualité de nos décisions.

J'aimerais tout d'abord faire quelques remarques à propos de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans notre système judiciaire. Je partage fortement l'idée que le pouvoir discrétionnaire, bien exercé dans des circonstances appropriée, constitue un aspect essentiel de notre système. En termes plus clairs, il assouplit notre système qui, sinon, serait quelque peu rigide. Ainsi, le recours au pouvoir discrétionnaire permet en fin de compte d'atteindre des résultats justes. Le pouvoir discrétionnaire, on peut facilement le remarquer, est omniprésent dans tout le système de justice pénale. Par exemple, pour décider de mener telle ou telle enquête, pour choisir les ressources à affecter à cette enquête, et, après l'enquête, pour décider de porter des accusation et pour décider de la nature de ces accusations, c'est le pouvoir

discrétionnaire qu'utilisent les forces policières. Pour certaines infractions, les forces policières doivent, avant de porter des accusations, obtenir la permission du procureur général et la décision que prend ce dernier à ce sujet relève également du pouvoir discrétionnaire.

Le procureur de la Couronne utilise également le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Le procureur de la Couronne doit en effet décider s'il doit engager les poursuites et, le cas échéant, s'il doit les engager par voie de déclaration sommaire de culpabilité ou par voie de mise en accusation. En fait, ce pouvoir discrétionnaire a lui-même été mis en question dans l'affaire Smythe, où la Cour suprême du Canada a statué que l'exercice de ce pouvoir n'enfreint pas les dispositions de la Déclaration canadienne des droits. Au cours du procès, un bon nombre de pouvoirs discrétionnaires sont en outre conférés au procureur de la Couronne à savoir quels éléments de preuve doivent être produits et, le cas échéant, avant le procès, quels éléments de preuve doivent être divulgués à l'avocat de l'accusé. S'il y a condamnation, le procureur de la Couronne a, dans le cas de conduite avec facultés affaiblies par exemple, le pouvoir discrétionnaire de décider s'il doit informer le tribunal d'une condamnation précédente de l'accusé. Bien entendu, cet avis est très important, car une deuxième condamnation de conduite avec les facultés affaiblies entraîne l'emprisonnement obligatoire.

C'est le juge de première instance qui prononce la sentence qui détient le pouvoir discrétionnaire le plus important. Cependant il faut convenir que le juge doive respecter certaines lignes directrices dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Tout d'abord, pour un nombre relativement restreint d'infractions, le Code criminel prévoit des peines minimales à partir desquelles le juge peut décider d'imposer une peine plus rigoureuse. Quant à la plupart des autres infractions, le Code criminel prévoit une peine maximale permettant au juge d'exercer des pouvoirs discrétionnaires considérables quant à la peine qui doit être imposée. Dans l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires, le juge s'appuie sur la jurisprudence qui habituellement donne la gamme des peines pouvant être imposées, compte tenu de certaines circonstances entourant l'affaire. La jurisprudence, particulièrement au niveau de la Cour d'appel provinciale et de la Cour suprême du Canada, tient compte non seulement des principes fondamentaux de l'imposition des peines, mais particulièrement des circonstances propres à l'affaire en cours. En se fondant à la fois sur les précédents et sur les lignes directrices, ayant force de loi, qu'énonce le Code criminel, le juge s'appuie sur une série de lignes directrices judiciaires qui se superposent. Avant d'abandonner la question du pouvoir discrétionnaire un niveau judiciaire, il importe de remarquer que, au cours des dernières années, le juge exerce une nouvelle forme de pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à un petit nombre, relativement restreint d'infrac-

tions graves. Je parle de l'obligation imposée au juge, dans les cas de meurtre au premier et au second degré, de préciser la période minimale d'emprisonnement de détenu avant qu'il ne soit admissible à la libération conditionnelle. Ce type de pouvoir discrétionnaire est très important pour nous tous et il est relativement nouveau puisque les dispositions qui le régissent n'ont été promulguées que depuis cinq ans.

En outre, on exerce le pouvoir discrétionnaire en rapport avec les décisions correctionnelles. Il est probable que l'on exerce beaucoup plus de pouvoir discrétionnaire à ce niveau qu'à n'importe quel autre niveau de notre système de justice pénale. Les agents de correction doivent décider du lieu d'emprisonnement de détenu, de l'emploi du temps du détenu et, d'une façon générale, du degré de contrôle et de surveillance qui doit lui être imposé. A la date d'admissibilité du détenu à la libération conditionnelle, la Commission nationale des libérations conditionnelles a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il sera mis en liberté, de la forme de mise en liberté à lui accorder (c'est-à-dire absence temporaire sans escorte, libération conditionnelle de jour ou libération conditionnelle totale) et des conditions imposées à cette mise en liberté. Enfin, le service des libérations conditionnelles est également investi de pouvoirs discrétionnaires en ce qui concerne le degré de surveillance à imposer au détenu pendant sa mise en liberté.

Je suis sûr d'avoir oublié certains aspects, mais l'idée générale qui se dégage de tout cela est très claire: à savoir, le pouvoir discrétionnaire est omniprésent dans notre système de justice pénale. En outre, c'est un aspect important en ce sens qu'il permet à notre système de chercher à atteindre, au moyen de la souplesse, les objectifs de la justice. Le régime de la rigidité, dans notre système de droit pénal, aboutirait à des épreuves et à des injustices et ne permettrait pas à notre système de réagir et de s'adapter à l'évolution des valeurs et des circonstances sociales. Cependant tout ceci présuppose que le pouvoir discrétionnaire est exercé d'une manière équitable et juste et à bon escient. Dans un système d'imputabilité interne, étayé par les redressements offerts sur le plan judiciaire par des lois administratives, nous sommes, selon toute apparence, assez bien protégés contre les abus. En outre, nous disposerons d'autres remèdes lors de la promulgation de la nouvelle Charte des droits et libertés. Si le pouvoir discrétionnaire est bien exercé, les bonnes raisons qui plaident en faveur d'un régime discrétionnaire dans l'administration de notre système de justice pénale exercent sur notre esprit un attrait irrésistible que nous ne devons pas oublier au moment de repenser les objectifs fondamentaux qui sous-tendent notre droit pénal et de repenser aussi les moyens permettant d'atteindre ces objectifs.

Un régime discrétionnaire renferme implicitement l'idée de la prise de décision qui elle-même peut-être examinée à partir de nombreuses perspectives. Pourtant, j'ai choisi de mettre l'accent sur deux perspectives particulières et sur les rapports entre celles-ci. La première se fonde sur la recherche et sur la connaissance scientifique tirées de la psychologie. La seconde, bien que faisant l'objet de certaines recherches sociologiques et bien qu'elle soit susceptible de faire à l'avenir l'objet de recherches encore plus importantes, est essentiellement celle des aspects non scientifiques, c'est-à-dire subjectifs de la prise de décision. Bien que j'aie scindé mon analyse en aspects scientifiques et non scientifiques de la prise de décision et que j'aie limité la science de la prise de décision au domaine de la psychologie, il n'en demeure pas moins que d'autres aspects scientifiques sont liés à l'étude de la prise de décision. Par exemple, on trouve dans ce domaine des études non seulement psychologiques mais encore anthropologiques, sociologiques et même psychiatriques. En fait, en termes de physiologie pure, on rencontre des maladies qui se manifestent, entre autres choses, par l'incapacité de prendre des décisions.

Avant de nous engager davantage dans cette discussion, je voudrais vous dire que ce discours porte surtout sur le travail du docteur Elaine Borins, psychiatre de Toronto, et de son mari, M. le juge Stephen Borins, du Tribunal du comté de l'Ontario. Dans une allocution intitulée "la Psychopathologie du processus de prise de décision en matière judiciaire" (The Psychopathology of the Judicial Decision-Making Process) prononcée à l'occasion d'une conférence nationale sur "la marche du procès" à Vancouver l'an dernier, le juge et le docteur Borins se sont intéressés d'abord et avant tout au juge à titre de décisionnaire. Etant donné que toute l'étude portait sur le domaine judiciaire, une partie de son contenu ne s'applique pas à nos réflexions. Encore que, tout au long de cette étude, on retrouve plusieurs remarques qui correspondent nettement à la prise de décision en général, et, dans le cas de certaines constatations, à la prise de décision exercée, notamment, par les agents de libérations conditionnelles.

Théorie de la décision: perspective psychologique

J'examinerai maintenant la prise de décision du point de vue scientifique. On a soutenu que l'étude de la prise de décision en matière judiciaire doit recourir aux théories et aux méthodes de toutes les disciplines pertinentes du domaine des sciences sociales. Au Canada, cela n'a pa été fait, du moins pas dans une large mesure. Pourtant, des psychologues on étudié le sujet et ont construit une théorie moderne, générale, de la prise de décision. À partir de façon fonctionnelle, la prise d'une décision peut se résumer comme suit. Le décisionnaire, par exemple le juge ou le commissaire des libérations

conditionnelles, doit vérifier certains faits qui doivent ensuite être appliqués au contexte juridique dans lequel la décision doit être prise, afin d'arriver à une décision. Mais, en réalité, la prise de décision est beaucoup plus complexe.

Dans un article publié en 1922, Charles C. Haines affirmait que "une chose aussi complexe qu'une décision judiciaire implique des facteurs, d'ordre personnel et d'ordre juridique, qui sont fortement enracinés dans la nature et le comportement de l'homme". Cette remarque est vraie de toutes les prises de décision et, non pas seulement de la prise de décision en matière judiciaire. Dans l'étude des Borins, précitée, les auteurs voient la prise de décision comme suit:

> Le processus consistant à choisir entre l'adoption de l'une ou l'autre d'au moins deux lignes de conduite différentes, aboutissant à deux résultats différents, constitue l'essentiel de la prise de décision. En règle générale, les théories contemporaines de la décision reconnaissent que l'on voit, dans la prise de décision, un processus consistant à peser les attitudes positives et négatives, ou des évaluations de ces attitudes, orientées vers des possibilités décisionnelles puis à choisir la possibilité la plus satisfaisante. Dans le problème généralisé de la décision, le décisionnaire aura à sa disposition un certain nombre de lignes de conduite possibles, dont chacune aboutira éventuellement à une série de résultats ou de conséquences. Étant donné qu'au moment du choix, le décisionnaire ne sait pas quel résultat découlera effectivement de la décision, son problème consiste à choisir une ligne de conduite qui tienne compte à la fois de son incertitude et de ses préférences pour ce qui est des divers résultats possibles. En règle générale, le décisionnaire doit analyser le résultat des diverses décisions possibles. Ainsi, on présume que la meilleure ligne de conduite du décisionnaire dépendra de deux facteurs:
>
> 1) les probabilités auxquelles aboutira cette ligne de conduite, aux termes de chacun des résultats qui intéressent le décisionnaire; et
>
> 2) l'importance relative que le décisionnaire attache à chacun des résultats.

Pour prendre la décision optimale, il est nécessaire que le décisionnaire soit à même de quantifier ses jugements en ce qui concerne les probabili-

tés et l'importance des résultats de manière à ce qu'il puisse faire la synthèse de ces renseignements et parvenir à sa ligne de conduite préférée.[1]

Les auteurs procèdent ensuite au repérage des six étapes principales de la prise d'une décision, selon la théorie générale contemporaine des décisions. Ces étapes sont les suivantes:

1. la compilation des informations;
2. l'interprétation des informations;
3. l'esquisse des possibilités;
4. la pesée des possibilités;
5. le choix des priorités; et
6. le choix définitif.

Les auteurs soulignent ensuite que la théorie de la décision a isolé six paramètres du caractère décisif "reflétant quelques-uns des indices les plus importants de l'aptitude à prendre des décisions".[2] Ce sont les suivants:

1. le besoin d'information;
2. la confiance dans l'exactitude de sa décision;
3. la capacité perçue dans la mesure où elles est prouvée par la volonté de prendre des risques;
4. la tendance à reporter des décisions;
5. l'opinion personnelle du décisionnaire sur son aptitude à prendre des décisions; et
6. l'évaluation de la faculté de décision du décisionnaire par son groupe affinitaire.

L'étude des Borins souligne également qu'une analyse du processus de prise de décision doit être rattachée à ce que l'on appelle la théorie du rôle. Aux fins de cette discussion, il y a lieu de souligner que la théorie du rôle revêt une certaine importance lorsqu'il s'agit de comprendre la prise de décision. Toutefois, un examen approfondi de cette théorie irait au delà des limites de cette allocution. J'aimerais maintenant passer aux composantes non scientifiques de la prise de décision. Elles représentent vraiment la dimension humaine de la prise de décision.

---

1. Borins and Borins, "The Psychopathology of the Judicial Decision-Making Process" in C.I.A.J. The Trial Process, (1980), p. 197

2. Ibid. p. 198

Les facteurs non scientifiques de la prise de décision

Un décisionnaire est influencé avant tout par "l'effet de l'ensemble de l'expérience d'une personne sur son opinion actuelle d'elle-même et de son univers, tant conscient qu'inconscient".[3] Dans le traité classique, Courts on Trial, écrit par Jerome Frank, on discute en profondeur de l'élément humain qui entre en ligne de compte lors de la prise de décision en matière judiciaire. Ses remarques s'appliquent à toutes les catégories de décisions et méritent d'être citées en entier:

> "Le juge est une personne, ayant une prédisposition à faire des identifications, fondées sur des préjugés inconscients puisant leurs sources dans son enfance...Ses impressions, faussées par ses préjugés inconscients envers les témoins, sur ce qu'ils disent, et sur la véracité et l'exactitude avec lesquelles ils le disent, détermineront ce qu'il estime être les "faits de la cause." Ses innombrables traits de caractère et prédispositions cachés contribuent souvent à façonner sa décision au cours du processus même par lequel il est convaincu de la nature de ces faits. Les notions que forme le juge au sujet des faits proviennent des répercussions des nombreux stimuli, y compris les mots, les gestes, les attitudes et les grimaces des témoins, sur sa "personnalité distinctive"; cette personnalité, à son tour, est le produit de nombreux facteurs, notamment ses parents, sa scolarité, ses professeurs et compagnons, les personnes dont il a fait la connaissance, la femme qu'il a épousée (ou qu'il n'a pas épousée), ses enfants, les livres et les articles qu'il a lus... ."[4]

Sur le plan de la doctrine judiciaire, cette opinion représente la théorie réaliste ou sociologique du droit selon laquelle, pour parler d'une façon réaliste, ce qui importe, dans la prise d'une décision, c'est le déjeuner que le décisionnaire a mangé ou la querelle qu'il a eue avec son épouse avant de se rendre au travail. Le courant de pensée réaliste met l'accent sur les aspects subjectifs plutôt que sur les aspects objectifs de la prise de décision. Il met l'accent sur le décisionnaire, non pas à titre d'individu isolé exerçant un pouvoir discrétionnaire relativement à un cas donné, mais à titre d'individu exerçant son rôle et ses fonctions dans le contexte de l'univers,

---

3. Supra, note 2, p. 203

4. Jerome Frank, Courts on Trial, (1971), p. 152-153.

tant personnel que professionnel, dans lequel il vit. Il insiste également sur le fait que le décisionnaire sera influencé par l'expérience globale de sa vie. Il reconnaît que des préjugés risquent de s'introduire dans la prise d'une décision et ce, soit consciemment, soit inconsciemment. S'il est vrai que certains préjugés se fondent sur la raison, il est évident que d'autres ne le sont pas, et le courant de pensée réaliste tient compte de l'effet éventuel, sur la prise de décision, des préjugés inconscients.

En décrivant la psychopathologie de la prise de décision par les juges, Jerome Frank, dans l'ouvrage susmentionné, déclare que "les juges sont des êtres humains et partagent les vertus et les faiblesses des mortels en général". À leur tour, le juge Borins et le docteur Borins conviennent avec Frank que l'humanité des juges joue effectivement un rôle dans leur prise de décision. Un peu plus loin, dans cette même étude, les auteurs déclarent:

> Frank a reproché à la jurisprudence sociologique de ne pas approfondir suffisamment la question. Tout en convenant que les connaissances et les activités politiques, économiques et professionnelles des divers juges constituent des forces qui tendent à influer sur les décisions judiciaires, il a prétendu que les habitudes personnelles jouent également un rôle lorsqu'ils rendents une décision dans des affaires litigieuses.[5]

Dans la même ligne de pensée, les auteurs citent Benjamin Cardozo, un grand juriste américain qui a déclaré il y a environ soixante ans que:

> Dans les profondeurs sous-jacentes à la conscience se trouvent d'autres forces, les goûts et les aversions, les prédilections et les préjugés, l'ensemble complexe des instincts, des émotions, des habitudes et des convictions qui font d'un homme ce qu'il est, qu'il soit plaideur ou qu'il soit juge.[6]

Les auteurs citent également un passage de Lord Macmillan:

> L'esprit du juge est soumis aux lois de la psychologie, tout comme l'esprit de tout autre individu...Le juge... ne se dépouille pas de son humanité. Il a juré de rendre

---

5. Précitée, note 2, p. 203.

6. Précitée, note 2, p. 203.

> justice à tous les hommes sans peur ni favoritisme, mais avec...impartialité...cela sous-entend que l'esprit du juge reste un organe humain fonctionant tout comme les autres esprits, bien qu'il ait sans doute des lignes de pensée particulières et souvent caractérisées par des traits de caractère distincts, qu'ils soient attachants ou non.[7]

Si le passage ci-dessus est vrai des juges en tant que décisionnaires, il doit également l'être des commissaires de la libération conditionnelle, des agents de correction ou de toute autre personne exerçant le pouvoir discrétionnaire au sein de notre système de justice pénale.

Théorie de la décision et facteurs non scientifiques: La prise de décision dans la libération conditionnelle

Je voudrais maintenant appliquer, au processus de la prise de décision en matière de libération conditionnelle, les six étapes intervenant dans la prise d'une décision, sans omettre leurs rapports avec les facteurs non scientifiques ou subjectifs.

Comme je l'ai mentionné ci-dessus, selon la théorie contemporaine de la décision, la première étape de la prise d'une décision consiste à compiler des informations. En règle générale, dans notre système de justice pénale, les personnes qui prennent les décisions ne sont pas les mêmes que celles qui compilent les informations d'après lesquelles les décisions sont prises. Par exemple le juge de première instance se fondera sur les éléments de preuve que lui fournit l'avocat, que ces éléments de preuve soient de caractère oral ou documentaire. Le juge d'appel s'appuiera sur des faits consignés au dossier qu'on lui présente, bien qu'il lui soit, certes, loisible de procéder à des recherches autonomes. Un commissaire de libération conditionnelle se fondera sur les éléments de preuve documentaire compilés par la police, le service correctionnel, le service de la libération conditionnelle, les experts-conseils, en matière de psychiatrie ou de psychologie, etc. Dans certains cas, il aura l'occasion d'interroger le requérant et peut-être, et ce depuis quelque temps seulement, d'écouter la thèse de son assistant. Il est toujours loisible au commissaire, tout comme au juge ou à tout autre décisionnaire, de demander d'autres informations. Maintenant, considérons les aspects subjectifs de ce processus. D'abord, tous les facteurs non scientifiques attribués

---

7. Précitée, note 2, p. 203.

plus haut au décisionnaire s'appliquent également au compilateur d'informations relatives à la prise de décision. Dans le cas de la libération conditionnelle, ces "préjugés", puisque nous ne pouvons trouver un meilleur terme, risquent de marquer la plupart des informations recueillis, y compris par exemple, les rapports psychiatriques, les rapports de police et les enquêtes communautaires, et pourraient fort bien contribuer à une recommandation faite par une équipe de gestion des cas. Ensuite, les "préjugés" du décisionnaire pourraient aussi influer sur le fait qu'il est ou non satisfait des informations et, le cas échéant, sur les informations qu'il réclame.

La deuxième étape, selon la théorie généralisée de la décision, est l'interprétation des informations. Comme le laissent entendre les passages cités des Borins, de Frank, de Cardozo et de Macmillan, l'interprète des informations sera influencé par toute la trame de sa vie y compris, si je puis reprendre ces facteurs, "l'effet de l'ensemble des expériences d'une personne sur son opinion actuelle d'elle-même et sur son univers, tant conscient qu'inconscient"; ses "inombrables traits et prédispositions cachés"; sa "personnalité" qui, "à son tour, est le produit de nombreux facteurs, y compris ses parents, sa scolarité, ses professeurs et compagnons, les personnes dont il a fait connaissance, la femme qu'il a épousée (ou qu'il n'a pas épousée), ses enfants, les livres et les articles qu'il a lus". C'est en quelque sorte une vérité de La Palice, mais "la prise d'une décision comporte un choix"[8], y compris le choix par le décisionnaire, à titre d'interprète des informations, de la date ou de l'information à laquelle il y a lieu de prêter le plus grand poids ou la plus grande crédibilité ou, comme l'a fait observer Mme Hart de la Commission nationale des libérations conditionnelles, le choix du genre d'information dont il y a lieu de tenir compte avant de prendre une décision.

Les troisième, quatrième, cinquième et sixième étapes de la théorie de la décision, à savoir l'esquisse des possibilités, le fait de peser les possibilités, le choix des priorités et le choix final peuvent toutes être examinés ensemble. Ces étapes sont toutes, certes, sensibles aux mêmes influences subjectives susmentionnées. Toutefois, une fois les informations compilées et interprétées, les étapes subséquentes de la prise d'une décision s'ensuivent, dans une large mesure, presque de façon automatique. Cependant, l'influence des facteurs subjectifs non scientifiques demeure une réalité en ce qui concerne les composantes du processus de prise de décision.

---

8. Précitée, note 2, p. 204.

Toutefois, ces dernières composantes sont également touchées au même degré par les cinq autres facteurs recensés par le juge Borins et le docteur Borins. D'abord, un système fondé sur la jurisprudence et le stare decisis, en vertu duquel les décisions rendues dans des affaires antérieures lient ou persuadent fortement le décisionnaire appelé à trancher un cas en instance présentant des similitudes de fait, influera évidemment sur le choix final ainsi que sur les composantes antérieures du processus de prise de décision. Ensuite, le décisionnaire voudra peut-être subir l'influence de la notion d'"ordre public" et par conséquent en tenir compte. Pour ce faire, le décisionnaire doit comprendre ce qui constitue effectivement l'"ordre public" et cette décision est également, certes, sensible aux facteurs subjectifs propres à la "personnalité" du décisionnaire. En troisième lieu, comme les Borins l'écrivent dans leur article:

> ...transcendant tout le processus décisionnel, est le fait que le résultat de la décision aura un effet sur la liberté (du sujet)...Le résultat aura un effet, parfois même un effet extrêmement important, sur quelque autre personne. C'est un phénomène omniprésent dans tous les cas et il aura un effet plus ou moins considérable sur la prise de décision selon la façon dont le décisionnaire répond aux normes de la fermeté de caractère...[9]

En quatrième lieu, le décisionnaire pourra, en vertu de sa situation, se sentir quelque peu isolé. Le juge Borins et le docteur Borins citent dans leur ouvrage le passage d'une étude faite sur les juges en Angleterre:

> (Le juge) doit être moins qu'un homme en ce sens qu'il est tenu de se dépouiller de tout préjugé, et plus qu'un homme en ce sens qu'il est tenu (officiellement) d'avoir toujours raison. Nous savons que ces deux exigences irréalistes peuvent influer sur le comportement et même sur le jugement de l'intéressé, spécialement dans le cas d'une personnalité qui est vulnérable sur le plan psychologique. Nous doutons que l'on puisse éliminer l'une ou l'autre de ces exigences; leur effet accablant pourrait cependant être atténué si l'on offrait au juge moins de possibilités de s'abriter derrière des prétextes judiciaires, si on lui accordait plus de temps pour exercer son jugement et plus d'occasions de mener une vie sociale normale.[10]

---

9. Précitée, note 2, p. 206.

10. The Judiciary - The Report of a Justice Sub-Committee, (1972), 37 et 39.

Cela risque ensuite d'aboutir à ce qu'on appelle en médecine l'"aliénation".

En cinquième et dernier lieu, la Cour suprême du Canada a statué qu'en ce qui a trait à la libération conditionnelle, les audiences et les déterminations de peine découlant de ces audiences ne constituent pas des procédures quasi-judiciaires, et, sous réserve des nouvelles exigences en matière d'impartialité qu'elles ne sont pas tenues de se conformer aux règles de la justice naturelle. En conformité avec cette conclusion, on trouve la thèse, qui correspond effectivement à l'usage de la Commission, voulant que l'on ne procède pas aux audiences à la façon d'un litige. Les modifications apportées récemment aux règlements, qui permettent actuellement aux détenus d'être représentés aux audiences en matière de libération conditionnelle, ont suscité quelque inquiétude en ce sens que les audiences de la libération conditionnelle risquent de se transformer en affaires litigieuses. Si cela représente en partie un véritable danger, voyons les observations formulées par le juge Borins et le docteur Borins sur l'effet du processus litigieux sur le juge en tant que décisionnaire:

> Selon la thèse du juge Frankel, la nature même du processus litigieux engendre des forces qui contrecarrent les efforts que déploie le juge pour être neutre et désintéressé. Tout en reconnaissant que les pressions qu'exerce son rôle - la difficulté de satisfaire les exigences du rôle qu'on lui demande de remplir - sont normales dans tous les postes comportant des responsabilités, il tente de repérer certains éléments caractéristiques d'instabilité que l'on retrouve au cours du procès et qui créent une pression accrue et menacent la neutralité du juge de première instance.[11]

De plus, l'étude précitée, réalisée en Angleterre, tire la conclusion suivante:

> Le système litigieux, tout comme les règles de la preuve et de la procédure, dans les cas où ils favorisent l'une des parties...poussent inévitablement le juge à perdre un peu de son impartialité et à "prendre parti", ne serait-ce que pour corriger le déséquilibre qui est inhérent au système ou est présent dans ce cas particulier.[12]

---

11. Précitée, note 2, p. 211.

12. Précitée, note 2, p. 40.

Conclusion

En conclusion, j'ai donné un aperçu concis du processus de la prise de décision compte tenu de la théorie psychologique de la décision ainsi que des composantes non scientifiques et subjectives connexes du processus de la prise de décision. D'un côté, l'on peut m'accuser d'énoncer une vérité évidente: à savoir que des facteurs non scientifiques influent considérablement sur la dynamique psychologique de la prise de décision. En d'autres termes, on retrouve à la fois, dans la dimension humaine de la prise de décision, des composantes tant scientifiques que non scientifiques. Par ailleurs, Oliver Wendell Holmes Jr. affirmait que "la justification de ce qui est évident est parfois plus importante que l'éclaircissement de ce qui est obscur". Si effectivement j'ai justifié ce qui est évident, que la recherche expérimentale en sciences sociales renforce encore davantage cette justification. À la fin de cette journée, reconnaissons l'inévitable; c'est-à-dire que la prise de décision, l'exercice du pouvoir discrétionnaire, aura toujours une "dimension humaine". Que cela soit ou non souhaitable est une autre question, qui fera peut-être l'objet d'un autre des exposés de cette Conférence. Selon moi, il vaut mieux avoir "une dimension humaine" dans la prise de décision que d'avoir, par exemple, une "dimension informatisée". Toutefois, cela présuppose que les personnes qui prennent ces décisions sont des individus honnêtes et sains d'esprit. Pour ma part, j'espère qu'ils le sont tous dans l'ensemble de notre système de justice pénale.

L'EXCEPTION À LA RÈGLE: LES FEMMES DANS LE SYSTÈME JUDICIAIRE

Christie Jefferson
Directeur exécutif
Association canadienne
des sociétés Elizabeth Fry

Les pouvoirs discrétionnaires "cachés", c'est-à-dire la liberté de décision qui n'est pas assujettie à une forme quelconque d'examen du public, ouvrent la voie à des pratiques discriminatoires au sein de notre système de justice pénale. Les femmes sont particulièrement touchées en l'occurrence, et les répercussions sont favorables pour certaines, nuisibles pour beaucoup d'autres. La solution n'est pas d'adopter des lignes directrices qui s'inspirent de l'usage passé et qui, par conséquent, constituent des pratiques discriminatoires; il s'agit plutôt de mettre au point des mécanismes qui empêchent la discrimination. Il nous faut rechercher un équilibre entre la compassion humaine et le jugement personnel qu'implique l'exercice du pouvoir discrétionnaire et la nécessité de protéger les individus contre les décisions discriminatoires. Nous pouvons y parvenir en adoptant une attitude nouvelle dans l'établissement des lignes directrices, qui devront faire une plus grande part aux voies régulières de droit, à l'application de notre Loi sur les droits de la personne et à l'examen public des décisions discrétionnaires, et en veillant à ce que ceux qui exercent ce genre de pouvoir fassent preuve de compréhension et de compassion à l'égard des gens qui doivent faire l'objet de leur décision.

Selon le dictionnaire Americain Funk and Wagnall, le pouvoir discrétionnaire est la liberté ou le pouvoir accordé à une personne de faire ses propres jugements et décisions, et d'agir comme bon lui semble. Quand il est question de ce genre de liberté de décision, occurrence à vrai dire plutôt rare, on a tendance à songer uniquement aux pouvoirs discrétionnaires officiels comme ceux des commissions des libérations conditionnelles et des tribunaux. L'activité discrétionnaire de ces organismes, toutefois, est relativement soumise à l'examen du public en comparaison du pouvoir discrétionnaire "caché" qu'exercent un certain nombre de personnes dans le système pénal, qui ont le pouvoir de prendre des décisions qui peuvent avoir les plus graves répercussions sur la vie des infracteurs, et pourtant elles exercent ce pouvoir uniquement selon leur propre jugement et sans la moindre forme d'examen ou d'observation de la part du public.

Voici seulement quelques exemples de ce que j'appelle l'exercice du pouvoir discrétionnaire "caché": Les décisions de police quant aux secteurs à patrouiller de façon prioritaire, quant aux personnes à accuser de délits; les décisions administratives concernant les lois qui doivent faire l'objet d'une application particulièrement énergique[1]; les décisions judiciaires comme celle d'imposer une sanction sévère pour une contravention; les décisions en matière de classification; les décisions prises dans les établissements et concernant les conditions de vie des détenus, les programmes à choisir, la remise de peine et les recommandations en vue de la libération conditionnelle.

---

1 Je fais allusion ici aux directives des Procureurs généraux des provinces qui précisent les infractions auxquelles la police doit accorder une attention particulière.

Le problème que soulève le pouvoir discrétionnaire est qu'il peut s'exercer d'une façon discriminatoire, dans un sens positif ou négatif. C'est là la raison profonde qui a dicté l'organisation d'une Conférence sur les pouvoirs discrétionnaires, et pourtant c'est un sujet que nous n'avons pas bien abordé. A l'appui de la thèse voulant que les pouvoirs discrétionnaires peuvent s'exercer et s'exercent de façon discriminatoire, nous n'avons seulement qu'à envisager qui, de fait, finit en prison. Les études sur la criminalité cachée montrent qu'à un certain stade la plupart des individus commettent des crimes qui les rendent passibles d'emprisonnement. Mais la vaste majorité des gens qui sont incarcérés sont les impuissants de la société, les pauvres et les groupes minoritaires. Ces seules observations nous conduisent à examiner le rôle du pouvoir discrétionnaire quand vient le moment de choisir qui inculper et poursuivre, qui envoyer en prison et qui mettre en liberté sous condition.

Malheureusement, quand on en vient à la manière dont le pouvoir discrétionnaire est exercé à l'égard des femmes, on dispose de très peu de données officielles pour étudier la question. D'une façon générale, on dispose de peu d'informations sur la délinquante, et la raison en est, je crois, qu'il y a si peu de criminelles. En outre, les pouvoirs discrétionnaires ne sont pas une question dont les gens veulent parler. A vrai dire, ce n'est pas une faculté que la plupart des gens de la justice pénale, et en particulier les corps de police, admettront posséder. A en juger d'après mes propres observations et d'après les données existantes, il semble fort possible que la discrimination ait des effets favorables pour beaucoup de femmes dans le cadre de la justice pénale. Bien que nous ne disposons pas de chiffres réels, il semble qu'un grand nombre de femmes, que je soupçonne appartenir notamment aux classes moyennes et supérieures, échappent aux accusations d'avoir commis des délits ou d'avoir participé à un crime collectif. Mais la liberté de décision laissée aux autorités de la justice pénale ne joue pas en faveur de toutes les femmes. Certains groupes de femmes, notamment les autochtones, font l'objet d'une discrimination négative. Je traiterai donc brièvement de la question de la discrimination qui s'exerce contre les femmes autochtones et je passerai à l'examen de la question des pouvoirs discrétionnaires et des délinquantes en général.

La vaste majorité des femmes qui sont en prison, particulièrement à l'ouest de l'Ontario, sont des autochtones. A la Prison des femmes de Kingston, un tiers de la population carcérale est autochtone, ce qui équivaut à une sur-représentation énorme si l'on considère le nombre de femmes autochtones dans la société canadienne. Il nous incombe de nous demander "pourquoi?" Les femmes indiennes commettent-elles plus de crimes, comme leur nombre dans les prisons le laisserait croire? Sont-elles plus dangereuses que

les non-indiennes, et doivent-elles, de ce fait, être incarcérées dans un milieu sécuritaire pour leur protection et pour la nôtre? Représentent-elles un plus grand danger à la sécurité?

Les femmes autochtones ne semblent pas commettre des types de crimes différents, dans l'ensemble, de ceux des femmes non-autochtones. Elles sont peut-être un peu plus fortement représentées dans les catégories du crime de violence; mais, dans les établissements provinciaux, la plupart des femmes autochtones sont emprisonnées pour vol, ordinairement de moins de 200 $, pour vol à l'étalage, pour violation du code de la route ou pour acte dommageable d'une façon générale. Il est probable que certains des facteurs expliquant la forte proportion de délinquantes autochtones se rattachent à leur position socio-économique dans la société canadienne. Beaucoup d'entre elles doivent voler pour se procurer nourriture ou vêtements. Mais l'exercice des pouvoirs discrétionnaires intervient certainement à cet égard et je soutiendrais que les pouvoirs discrétionnaires cachés dont j'ai parlé au début jouent d'une manière défavorable dans le cas des femmes autochtones.

Étant donné l'absence de données solides, nous ne pouvons faire plus que d'émettre des hypothèses, d'après nos observations, sur la manière dont le pouvoir discrétionnaire s'exerce d'une façon négative à l'égard des femmes autochtones. Par exemple, les administrateurs du Bien-être social ont une liberté de décision fort étendue pour déterminer quels services fournir à la collectivité. Il existe un manque notoire de services en faveur des autochtones, en particulier dans les villes. Qui plus est, le personnel de la justice pénale, en général, est mal renseigné sur les rares services vers lesquels les autochtones pourraient être dirigés. Étant donné le manque de services de soutien et les conditions socio-économiques oppressantes dans laquelle vivent beaucoup de femmes autochtones, un certain nombre d'entre elles commettent des crimes simplement pour se nourrir et s'habiller. Les femmes autochtones, en tant que groupe, sont considérées de ce fait comme un problème social et sont punies plus sévèrement pour leurs crimes que les non-autochtones.

Une fois en prison, les femmes autochtones sont soumises à des conditions qui reflètent l'existence d'une discrimination à l'encontre des délinquantes en général. Les conditions matérielles de certains établissements provinciaux sont si effroyables que dans plusieurs cas on a imposé à des femmes une peine d'emprisonnement dans un établissement fédéral pour leur épargner l'incarcération dans la prison provinciale. A l'égard d'une femme du Labrador, par exemple, on a prononcé trois sentences d'emprisonnement de deux ans pour plusieurs infractions sans gravité pour lui éviter l'incarcération dans la Prison de Sa Majesté à Terre-Neuve où les femmes sont enfermées dans d'étroites cellules toute la journée à l'exception d'une demi-heure.

Un autre facteur que nous ne saurions méconnaître est que les hommes forment en majeure partie le personnel du système de justice pénale. Il est difficile d'évaluer l'impact de ce facteur mais, assurément, les programmes offerts et le régime de classement des femmes qui est fondé sur celui des hommes traduisent la présence de décideurs de sexe masculin.

Quels sont les programmes offerts aux femmes? Si vous vous trouvez à Portage au Manitoba, on vous laissera peut-être des perles sur une table pour vous occuper durant la journée. Si vous êtes particulièrement chanceuse, vous finirez peut-être dans un établissement qui donne un cours de coiffure ou de couture, mais fort vraisemblablement ce ne sera pas un cours donnant droit à des crédits académiques. Dans certains cas, vous aurez peut-être l'occasion de profiter des cours par correspondance ou des cours scolaires qui sont offerts par-ci par-là dans divers établissements. Mais dans beaucoup d'établissements vous êtes simplement assise dans votre cellule ou dans une aire de séjour toute la journée, avec absolument rien d'autre à faire que de nettoyer les toilettes une demi-heure par jour.

Le manque de programmes de formation pour les détenues est particulièrement grave si l'on considère les dures réalités des conditions de travail pour les femmes en général. Au Canada, à l'heure actuelle, les femmes font 72% de tout le travail à temps partiel et constituent 75% de la catégorie des salaires minimums. En 1980, les femmes employées à plein temps gagnaient en moyenne 62% du salaire masculin moyen à plein temps et des études montrent que cet écart s'aggrave. Plus de 80% des femmes ont des fonctions de bureau, de vente ou de services. Le taux de chômage parmi les femmes est plus élevé que chez les hommes et les conditions économiques des années 80 pourraient intensifier cette tendance. Pour les délinquantes, comme pour les délinquants, une réinsertion sociale réussie dépend souvent de l'aptitude à gagner sa vie de façon honnête. Je soutiendrais que les programmes de formation offerts aux femmes détenues ne sont ni appropriés ni suffisants pour les aider à se réintégrer dans la société en tant que personnes respectueuses des lois. A mon sens, toute femme qui est envoyée en prison pour quelques jours n'a pas besoin d'y être du tout. Il faudrait pratiquer un recours étendu aux solutions de rechange pour celles qui n'ont pas vraiment besoin de se trouver en milieu fermé.

Comment devrait-on remédier aux conséquences, pour les délinquantes, des pouvoirs discrétionnaires qui s'exercent dans le système de justice pénale? Nous avons le choix entre deux voies fondamentales impliquant chacune un ensemble différent de méthodes. L'une consiste à laisser les pouvoirs discrétionnaires en place et à adopter des mesures pour améliorer la prise des déci-

sions, y compris des changements dans le choix des décideurs. A l'heure actuelle, la majorité des personnes qui exercent des pouvoirs discrétionnaires au sein de la justice pénale sont des hommes blancs de classe moyenne. Cela est particulièrement vrai dans le cas des juges, des procureurs de la Couronne, des agents de classement et des travailleurs sociaux qui décident dans une énorme mesure du sort de la femme délinquante. Une initiative importante et qui semble évidente serait d'engager plus de femmes et d'autochtones dans notre système de justice pénale. L'emploi d'un plus grand nombre de femmes et d'autochtones à ces fonctions aurait pour conséquence des décisions éclairées par une plus grande sensibilité aux besoins particuliers des délinquantes. Les organismes gouvernementaux ont souscrit à ce principe mais n'ont pas établi de programmes d'action positive. En cette ère de restrictions des dépenses gouvernementales, la dotation en personnel a tendance à se faire à l'intérieur, tant au palier fédéral qu'au palier provincial. Peu de femmes ou d'autochtones occupent des postes de fonctionnaires dans le domaine de la justice pénale; on n'est donc guère surpris de ne pas voir augmenter leur nombre. Ce n'est que par un programme d'action positive énergique et bien coordonné que nous pouvons espérer faire accéder davantage de femmes et d'autochtones à des postes qui leur permettront d'influencer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires à l'égard des délinquantes.

Une autre mesure que l'on pourrait adopter, outre le recrutement d'un plus grand nombre de femmes, serait de créer un programme qui sensibiliserait le personnel actuel aux questions féminines, à la condition de la femme au Canada, au genre de société à laquelle les délinquantes doivent retourner, aux facteurs de la criminalité autochtone, ainsi qu'à la pauvreté, au manque de possibilités d'emploi, à la discrimination, au désespoir et à l'impuissance auxquels doit faire face une personne autochtone. Un programme de ce genre apporterait aux personnes qui exercent des pouvoirs discrétionnaires les outils, les données et la compréhension nécessaires pour prendre des décisions qui répondent aux besoins des femmes autochtones et autres délinquantes.

Nous pourrions aussi encourager la mise en oeuvre de mesures communautaires pour les femmes et fournir plus d'informations sur les quelques possibilités de ce genre qui existent présentement. Les femmes sont trop souvent forcées de faire de brefs séjours en prison qui compromettent leur emploi et entraînent des coûts énormes pour la société et pour leur famille, quand une solution de rechange dans la collectivité aurait été mieux indiquée.

La seconde voie que nous pourrions suivre est celle dont les États-Unis nous offrent l'exemple: mettre en oeuvre des contrôles touchant les pouvoirs discrétionnaires. Il s'agirait notamment de lignes directrices pour l'inculpation et le jugement des infracteurs, pour la mise en liberté conditionnelle

et l'établissement de normes des services correctionnels. Mais en dépit du rôle important que joueraient ces lignes directrices en empêchant les abus du pouvoir discrétionnaire, je ne suis pas en faveur des modèles mis en oeuvre à cet égard aux États-Unis. Les lignes directrices américaines ont été établies selon des pratiques du passé. Cette manière de procéder ne fait rien pour éliminer les pratiques discriminatoires; au contraire, elle les fige sous la forme d'un règlement. Je recommande que nous abordions sous un jour nouveau le principe des lignes directrices et que nous mettions au point un modèle éliminant les facteurs discriminatoires qui pèsent de façon injuste sur des groupes particuliers.

Nous pourrions aussi exiger que l'exercice de pouvoirs discrétionnaires à toutes les phases du système soit soumis à un examen public. La forme que devrait prendre cet examen est, je m'en rends bien compte, une question difficile. Devons-nous adopter tous les mécanismes de nos voies judiciaires normales ou seulement quelques-uns d'entre eux. C'est là matière à débat, mais nous devons faire en sorte que les détenus aient la chance d'être entendus lorsqu'on doit prendre des décisions qui influeront sur leur bien-être. Des mesures comme l'aide aux audiences, que la Commission nationale des libérations conditionnelles a récemment appliquées et qui permettent au détenu d'avoir quelqu'un de son choix présent à l'audience, me semblent constituer un pas dans la bonne direction. En outre, nous pourrions légalement reconnaître la suprématie de la Loi sur les droits de la personne par rapport à toute loi, à tous règlements ou règles concernant les pénitenciers ou la libération conditionnelle. Je suis d'avis que la perte de la liberté limite suffisamment le droit des détenus; leurs autres droits doivent être protégés contre tout abus par notre Loi sur les droits de la personne.

En outre, nous pourrions exiger la publication de tous les règlements et directives, y compris ceux des services des Procureurs généraux, des services de police, des autorités carcérales et des organismes de libération conditionnelle. Par publication, je ne veux pas dire que les directives et règlements doivent simplement être mis à la disposition du public, sur demande, pour qu'il les examine; ils doivent faire l'objet d'une vaste diffusion au grand public.

L'une des ironies de la question est que les femmes subissent fréquemment des répercussions négatives non seulement de l'existence des pouvoirs discrétionnaires mais aussi de leur absence. Je citerais par exemple le cas d'une jeune femme qui purge une peine minimale de 25 ans d'emprisonnement pour avoir été impliquée dans un crime qui a provoqué la mort d'un agent de police. La plupart des gens qui connaissent cette affaire, et notamment certains des gardiens à qui j'ai parlé à la Prison des femmes à Kingston, estiment que

cette personne n'a pas besoin d'être emprisonnée durant 25 ans. Elle n'a pas commis le crime elle-même. Les femmes comme elles se trouvent présentes durant la perpétration d'un crime, non parce qu'elles approuvent l'acte en lui-même, mais parce qu'elles se sentent obligées de suivre l'homme qui le commet, par amour peut-être, peut-être aussi par crainte. Beaucoup de juges confrontés à des affaires de ce genre aimeraient tenir compte de ces facteurs mais cela leur est impossible. Les restrictions que la loi impose à la liberté de décision lors du prononcé de la sentence empêche les juges d'adapter la peine en fonction de circonstances de ce genre. Les femmes, en particulier, souffrent gravement des effets négatifs de cette absence de liberté de manoeuvre et de décision pour l'imposition de la peine.

Pour conclure, je ne recommande pas que nous essayions d'éliminer entièrement les pouvoirs discrétionnaires, bien que leur usage actuel me cause de vives préoccupations. Et je ne recommanderais pas non plus que l'on suive la manière américaine de limiter le pouvoir discrétionnaire. Une mise en oeuvre globale des lignes directrices selon le modèle américain irait à l'encontre de l'intérêt des autochtones et des femmes, car elles comportent des facteurs névralgiques sur le plan racial et du point de vue de la condition féminine. Je crois que nous devons rechercher un équilibre entre, d'une part, la compassion humaine et le jugement personnel qui entrent en jeu dans les pouvoirs discrétionnaires et, d'autre part, la nécessité de protéger les individus contre des décisions discriminatoires. Nous pouvons réaliser le juste équilibre par la voie des mesures que j'ai mentionnées: une attitude nouvelle face aux lignes directrices; un plus grand recours aux voies régulières de droit; l'application de la Loi sur les droits de la personne; un examen public des décisions discrétionnaires au sein de la justice pénale, et un effort sincère pour amener les personnes qui exercent des pouvoirs discrétionnaires à faire preuve de compassion et de compréhension à l'égard des personnes dont le cas leur est soumis.

LES COURANTS DE L'ACTUALITÉ ET LEUR INFLUENCE SUR LES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES EN MATIÈRE CORRECTIONNELLE

Ole Insgtrup
Président
Comité permanent sur les
régimes correctionnels
Conseil de l'Europe

De nos jours en Europe, les administrateurs de pénitenciers font face à des problèmes nouveaux qui découlent des conditions socio-économiques de notre époque. Ceux-ci comprennent, par exemple, les restrictions économiques, l'accroissement du nombre des crimes et les demandes plus pressantes du public pour se faire protéger, les pressions accrues des syndicats et des groupements qui revendiquent les droits des détenus. Pour résoudre ces problèmes, il va nous falloir utiliser les nombreuses ressources humaines détenues dans nos pénitenciers dont les talents sont à peu près inutilisés. Or, pour les utiliser proprement, nous devrons accorder aux individus à tous les niveaux du système des pouvoirs discrétionnaires suffisants pour leur permettre de trouver des solutions efficaces et imaginatives aux difficultés auxquelles nous faisons face.

Naturellement, on peut voir dans les pouvoirs discrétionnaires un phénomène juridique, sauf que dans cette session, je crois qu'on devrait y voir un des nombreux éléments qui constituent l'administration correctionnelle, ou, pour employer un terme plus dans le vent, la gestion pénitentiaire. Si la définition du processus de gestion est de "planifier, organiser, coordonner, et contrôler l'atteinte de buts spécifiques dans l'ensemble de l'organisation", on doit placer le pouvoir discrétionnaire au coeur même de la discussion de la gestion correctionnelle et de la description de son évolution.

Les techniques de gestion sont devenues une préoccupation du secteur public bien longtemps après les organismes privés, ce qui fait qu'il y a eu une tendance à accepter d'emblée les conclusions du secteur privé, plutôt que de les adapter aux différences évidentes entre organismes privés et publics et leurs conditions de fonctionnement. Voyons maintenant quelques-unes des importantes différences sur le plan de la gestion entre les secteurs publics et privés qui peuvent servir dans toute discussion sur la gestion correctionnelle, et sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans ce domaine. La première et la plus importante tient au fait que l'administration publique, y compris l'administration et la gestion du système correctionnel, est soumise à un contrôle politique. Cela signifie que les liens entre la scène politique, l'administration correctionnelle, et son fonctionnement ont une importance décisive dont on doit tenir compte en considérant ou en reconsidérant le système de gestion - y compris la délégation de pouvoirs et l'exercice des pouvoirs discrétionnaires - dans le cadre correctionnel.

La réaction des politiciens et du public aux erreurs commises par les organismes publics est beaucoup plus directe et franche que lorsqu'il s'agit du secteur privé. Cela est particulièrement vrai des décisions prises dans le domaine correctionnel. Beaucoup d'entre elles présentent de l'intérêt pour le grand public ou pour certains groupes de la population; de nombreuses décisions prises dans le domaine correctionnel provoquent des réactions dans les médias qui risquent d'avoir des effets politiques. Or, non seulement la décision mais le processus décisionnel même doivent être faciles à expliquer, et celui-ci doit assurer un traitement équitable à la personne intéressée et à la société. Cela veut dire aussi que le système correctionnel doit fonctionner d'une façon efficace.

A cet effet, il est souvent nécessaire d'être capable de démontrer que la décision a été prise conformément aux dispositions juridiques, aux règlements administratifs ou aux lignes directrices générales portant sur cette question. Du point de vue politique, il est impossible de défendre une décision discutable que l'on considère arbitraire. Ceci m'amène à conclure que les organismes publics, en particulier le système correctionnel, devraient accorder beaucoup plus d'attention aux problèmes de la communication avec le public, particulièrement avec les médias, dans le but d'aider le public à mieux comprendre les politiques et le fonctionnement de ce système, y compris l'étendue des pouvoirs délégués et l'importance des pouvoirs discrétionnaires exercés par les différents niveaux de l'organisme.

Le système pénitentiaire danois se caractérise par un haut degré de délégation des pouvoirs et une très importante mesure de discrétion dans le processus décisionnel. A mon avis, ce n'est pas seulement notre

administration ouverte, mais aussi notre politique d'information active qui rend notre administration moins vulnérable qu'elle ne l'était avant l'introduction de cette politique. A cet égard, notons que ces jours-ci une commission d'enquête, nommée par le Conseil de l'Europe, étudie l'opinion publique et les politiques en matière de criminalité. Son rapport devrait être publié en 1983.

Quant on s'occupe de la gestion correctionnelle, particulièrement de la délégation de pouvoirs et des pouvoirs discrétionnaires, on doit tenir compte d'un autre facteur, celui du changement d'attitude de personnel qui s'est produit en Europe au cours de la dernière décennie. Durant cette période, un nombre croissant de fonctionnaires se sont syndiqués et, de plus, les syndicats se sont beaucoup plus intéressés à l'élaboration des politiques et à l'organisation administrative des systèmes correctionnels européens. La participation au processus décisionnel, particulièrement en Scandinavie, a été revendiquée avec vigueur, et ces revendications bénéficient d'un soutien politique croissant. A la suite de cela, les systèmes correctionnels européens, sauf peut-être en France, se sont décentralisés de plus en plus, et des pouvoirs discrétionnaires plus importants sont maintenant délégués aux échelons inférieurs des organismes correctionnels. Malgré cela, certains leaders considèrent que cette évolution crée un obstacle à une gestion efficace, et est donc peu souhaitable.

L'autre groupe de personnes avec lequel nous traitons - les détenus - nous intéresse aussi à cet égard. Pendant les deux dernières décennies en Europe, leurs revendications en faveur des modifications au système et à son fonctionnement, se sont accrues. Ajoutons à cela que les groupes et les individus sont de plus en plus nombreux à s'intéresser au traitement des condamnés - particulièrement les détenus - et au cadre juridique qui détermine et protège leurs droits. Les détenus et les groupes de pression exigent que l'on précise les droits juridiques des détenus, qu'on donne une réponse plus rapide aux demandes et aux plaintes, et, veulent aussi qu'on leur donne les raisons des décisions qui les concernent. De plus, les détenus veulent avoir leur mot à dire sur la vie de tous les jours dans les établissements correctionnels. Ces revendications - que je trouve personnellement raisonnables et acceptables - et qui ne sont pas propres au domaine correctionnel reflètent l'évolution géniale de la société. Elles sont les effets de l'évolution politique et sociale générale dans notre société aujourd'hui.

En plus de la situation qu'on vient de décrire ci-dessus, les systèmes correctionnels européens sont sujets à de grandes pressions. La criminalité augmente, le nombre de détenus augmente, la proportion des détenus perturbés augmente de façon sensible, les ressources financières disponibles dans de

nombreux systèmes ont été réduites à un minimum, et aucune augmentation n'est prévue. D'autres modifications à nos conditions de fonctionnement sont très bien décrites dans "The Enquiry into the United Kingdom Prison Service" étude publiée en 1980. C'est donc dans ce contexte et dans les conditions socio-économiques de l'heure que les systèmes correctionnels doivent fonctionner de façon juste et équitable, avec efficacité et sans heurt. C'est précisément à cause de ces conditions que je crois que l'on doit voir dans la délégation de pouvoirs et l'utilisation de pouvoirs discrétionnaires des outils de gestion utiles et inévitables. Les restrictions des ressources financières et des autres ressources matérielles ne doivent pas être simplement considérées comme des difficultés ou des obstacles, mais comme une situation qui, après suffisamment d'efforts, peut nous permettre d'atteindre les mêmes objectifs en exploitant d'autres ressources, déjà existantes, qui sont avant tout des ressources humaines, inutilisées et presque illimitées dont nous disposons dans notre personnel et chez les détenus.

Selon moi, il est évident et même urgent que cela se fasse à l'avenir. Cependant, la manière de le faire est une toute autre question. Il est clair que ce but ne sera pas atteint d'un jour à l'autre, qu'il s'agit ici d'un processus qui prendra du temps, et qui nécessitera une planification soignée et l'établissement d'objectifs précis. Je ne peux pas vous prescrire une méthode simple pour effectuer des changements, mais il serait peut-être utile que je souligne les prémisses fondamentales sur lesquelles nos efforts de décentralisation et de réattribution des pouvoirs discrétionnaires dans le système correctionnel danois ont été fondées. Voici un résumé des plus importants principes dont nous avons tenu compte:

1. Les systèmes correctionnels comprennent une administration centrale et un nombre d'établissements de tailles diverses.

2. Lorsque l'administration centrale fonctionne, cela ne veut pas nécessairement dire que l'organisme fonctionne.

3. L'organisation fonctionne si toutes les unités locales fonctionnent.

4. Le comportement des gens - personnel et détenus - est d'habitude prévisible.

5. Si l'on ne donne pas de responsabilités aux gens, ils n'agiront pas objectivement, mais agiront de façon irresponsable.

6. Si l'on attend des gens qu'ils se comportent d'une façon responsable, il faut qu'ils soient responsables de quelque chose.

7. Il y a un lien entre la capacité d'accepter des responsabilités et le niveau d'éducation et d'expérience.

8. L'apprentissage par l'action est une façon importante d'apprendre.

9. La délégation de pouvoirs - y compris les pouvoirs discrétionnaires - ne signifie pas une perte de contrôle et d'influence, mais mène plutôt à un vrai leadership. Cela transforme le rôle de celui de décisionnaire à celui de leader des gestionnaires à tous les niveaux.

10. Lorsqu'un gestionnaire perd confiance dans les êtres humains, et ne comprend plus ce que la responsabilité signifie pour eux et pour tout l'organisme, il est temps qu'il s'en aille.

LA RESTRICTION DES POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES: NOUS ACHEMINONS-NOUS VERS UN SYSTÈME PLUS ÉQUITABLE?

Don M. Gottfredson
Doyen de la Faculté de justice criminelle
Rutgers University
Newark, New Jersey

On a actuellement tendance aux États-Unis à restreindre l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans le domaine correctionnel en recourant à des mécanismes tels que l'usage de lignes directrices pour les sentences de durée déterminée et la libération conditionnelle. Cette tendance est le fruit des critiques exprimées à l'égard du processus de réhabilitation, critiques fondées dans certains cas sur des recherches d'une valeur discutable. Certes, des mesures qui permettront d'améliorer l'équité et l'impartialité des décisions dans le domaine correctionnel s'imposent, mais l'efficacité de celles qui ont été adoptées jusqu'à présent, demeure douteuse. Comme elles peuvent être fondées sur des prémisses erronées ou donner lieu à des résultats indésirables, notamment l'allongement des peines et l'encombrement des pénitenciers, il importe de suivre leurs répercussions de très près.

Pour pouvoir décider si la restriction des pouvoirs discrétionnaires nous ouvre la voie d'un système plus équitable, il me semble nécessaire de commencer par déterminer s'il y a des tendances qui ont affaire à ces restrictions, et puis, à supposer que nous sachions ce que signifie la justice, de décider si nous nous orientons ainsi vers un système plus juste. La tâche est loin d'être aisée. C'est là un objectif que je tiens à poursuivre, mais je ne prétends certainement pas pouvoir l'atteindre.

J'aimerais vous parler de ce qui, pour moi, traduit une évolution aisément discernable aux États-Unis en faveur de la réduction des pouvoirs discrétionnaires. Cette tendance, en particulier en ce qui concerne les pouvoirs judiciaires et ceux des commissaires de libérations conditionnelles, n'est qu'un aspect de deux tendances plus générales. La première a trait à l'objet fondamental de l'imposition des peines et de la libération conditionnelle. Dans le second cas, il s'agit d'une évolution en faveur des peines de durée déterminée.

J'aimerais, si vous me le permettez, passer en revue les objectifs traditionnels de l'imposition des peines pour vous montrer la tendance à la réduction des pouvoirs discrétionnaires qui se dessine nettement, du moins aux États-Unis. Dans ses études sur le sujet, le professeur Waller a montré que la première sanction imposée par un tribunal à une personne reconnue coupable d'un délit quelconque, est la condamnation elle-même. C'est une manière de dire à l'accusé(e) - avec autorité, publiquement et de façon décisive et durable - qu'il (ou elle) est coupable d'avoir porté préjudice à une victime innocente. Pour beaucoup de gens, c'est là une sanction très sévère. Le professeur Waller ajoute que dans la plupart des cas on ne juge pas que la condamnation constitue une sanction suffisante si bien qu'on en a inventé toutes sortes d'autres au cours de l'histoire.

Ce matin, lorsque le professeur Normandeau a évoqué Platon, il m'a fait penser à ce que celui-ci disait des objectifs des sanctions à l'égard des infracteurs. Selon lui, leur seule justification tient, non pas au préjudice causé, mais aux bienfaits à en attendre, dans la mesure ou le châtiment constitue un avertissement pour les autres (ce que nous appelons habituellement l'effet préventif général) ou un moyen de corriger le comportement de l'individu (traitement ou effet préventif spécial). La conception utilitaire de la sentence remonte donc à plus de 2 000 ans. On voyait surtout en elle un moyen de réhabiliter ou de réformer l'infracteur. Sur le même plan utilitaire, l'autre objectif général poursuivi était, naturellement, l'interdiction, l'argument invoqué étant que vous êtes parfois obligé d'emprisonner quelqu'un pour l'empêcher de commettre un crime.

La notion de vengeance s'oppose à ces trois objectifs utilitaires principaux. Depuis quelque temps, on entend parler de châtiment mérité, ou de juste récompense du crime. Il est juste de reconnaître qu'il y a une différence entre la juste récompense et la vengeance, encore que la ressemblance soit certainement étroite. La différence la plus importante tient au fait que l'imposition des peines fondée sur le principe utilitaire recherche en général, sous une forme ou sous une autre, le bien de la société. De plus, il s'appuie sur un souci de l'avenir, alors que la notion du juste mérite tient

uniquement compte du préjudice commis. Dans le second cas, il peut seulement, et doit être proportionnel à l'importance du préjudice et à la culpabilité de l'accusé. Le châtiment est alors justifié sur le plan moral et non sur celui de son efficacité ou de son caractère utilitaire. Il est clair que ces derniers temps, du moins en ce qui concerne les États-Unis, on s'est éloigné des objectifs utilitaires de la sentence et de la libération conditionnelle, et que l'on s'oriente fermement vers le principe du juste mérite.

La seconde orientation apparentée a trait au type de sentence. On s'éloigne de plus en plus de la peine de durée indéterminée au profit de la sentence de durée déterminée. La première existe aux États-Unis depuis le début du siècle où elle a pour la première fois été appliquée vers 1908 dans l'État de Washington. Dès 1918, la Californie avait adopté une loi sur les sentences de durée indéterminée. Et depuis le début du siècle, les notions de probation et de liberté conditionnelle ont évolué parallèlement au concept des sentences de durée indéterminée. Aux termes de celui-ci, il arrivait souvent que la peine ne fut pas fixée au moment de la condamnation, mais plus tard, souvent bien plus tard, par une commission des libérations conditionnelles. Les choses sont en train de changer: on a maintenant tendance à restreindre la gamme des peines acceptables, en faveur d'une décision prise très tôt et donc, de peines dont la durée est plus fréquemment déterminée.

Cette évolution est due à trois types de critiques portées contre l'imposition des peines et la libération conditionnelle. Le premier a trait aux questions de procédures, aux clauses de sauvegarde, et au principe d'impartialité. Le second type de critique vise essentiellement le sentiment d'incertitude éprouvé par un infracteur qui doit aller en prison sans savoir quand il sera libéré. Certains soutiennent que ceci va à l'encontre des objectifs de réhabilitation. En outre, ils maintiennent que cette incertitude est injuste. Selon le troisième genre de critique, le système n'est absolument pas efficace. De nombreux articles ont été consacrés au modèle de réhabilitation et aux résultats qu'il donne. On peut aisément mettre en question une bonne partie de cette recherche, ce qu'ont d'ailleurs récemment fait aux États-Unis les participants à une table ronde de la National Academy of Science sur la recherche relative à la réhabilitation. Ceux-ci sont en effet parvenus à une conclusion fort différente de ce que nous lisons depuis plusieurs années.

Ils ont conclu que, premièrement, les recherches sur le modèle de réhabilitation n'avaient pas été faites comme il le fallait, et que deuxièmement, on avait mis en oeuvre des programmes de traitement qui faisaient peu de cas de l'intégrité du principe et n'accordaient pas une attention suffisante à la durée requise ou "dosage" du traitement. Compte tenu des lacunes méthodologiques de cette recherche, les participants à la table ronde concluaient qu'il n'était pas possible d'édifier une politique à partir de ce que nous savons actuellement de la réhabilitation.

Nous ne savons encore rien de ce que nous apportera l'évolution de l'imposition des peines et de la libération conditionnelle amenée par les critiques dont le modèle de réhabilitation a fait l'objet. Il s'agit encore là d'un phénomène trop récent. Certains indices donnent cependant à penser que cette nouvelle orientation a entraîné, en certains endroits, une augmentation de la durée des peines imposées aux infracteurs.

On a proposé trois solutions de caractère général aux problèmes cernés par les critiques du système. La première consiste à imposer des peines fixes, c'est-à-dire, des "peines nettes" fixées par les pouvoirs législatifs ou judiciaires au moment de la condamnation. La durée d'incarcération obligatoire constitue une idée apparentée, encore qu'un peu différente. Dans un certain nombre d'États, on a voté de nouvelles lois qui imposent des durées d'incarcération obligatoire, ou des durées obligatoires minimales qui réduisent, sinon éliminent complètement, l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. Dans mon État, le New-Jersey, on a récemment adopté une incarcération obligatoire de deux ans pour toute infraction contre la propriété impliquant la possession d'une arme. Voilà une solution proposée.

La seconde solution est ce que l'on appelle l'imposition des peines par présomption ou parfois la libération conditionnelle présomptive. Cela signifie qu'une peine est imposée pour un délit déterminé mais avec une certaine marge de manoeuvre. On peut augmenter la peine (en Californie, cela s'appelle l'"accroître") ou la réduire pour une raison déterminée. On peut donc exercer certains pouvoirs discrétionnaires, mais moins qu'auparavant.

La troisième solution d'ordre général recommandée a trait à l'élaboration et à la mise en oeuvre de lignes directrices relatives à l'imposition des peines et à la libération conditionnelle. Par exemple, la Commission des libérations conditionnelles des États-Unis se conforme à des procédures qui visent à rationaliser et à contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire sans le supprimer. Les lignes directrices représentent une tentative pour trouver un terrain d'entente entre le contrôle et le pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir discrétionnaire est un élément nécessaire de l'imposition des peines, compte tenu de la complexité et de la diversité des infracteurs et de leurs comportements, mais ce pouvoir doit être contrôlé. Selon cette théorie, les gens peuvent réunir les conditions requises pour exercer des pouvoirs discrétionnaires, mais ils doivent également être capables de fournir la raison de leurs décisions. Un système plus ouvert, dont les politiques sont rendues publiques et qui est ouvert à la critique et aux débats, est un élément de cette solution.

Il est inévitable que les trois tendances dont je viens de parler aient des conséquences importantes non seulement pour les infracteurs et les systèmes correctionnels, mais pour nous tous. Bien qu'il soit encore trop tôt pour savoir ce qu'elles seront, j'estime qu'il est extrêmement important de suivre de près ce qui se passe. Si les prédictions sont correctes, la tendance actuelle à recourir à des durées d'incarcération fixes ou obligatoires et à des peines présomptives aggraveront l'encombrement de nos pénitenciers.

Cette question de l'encombrement soulève de très graves problèmes à l'époque de restrictions budgétaires que nous connaissons actuellement. Tout ceci entraîne de nombreuses questions d'ordre empirique qui devraient être soumises à des essais, et les moyens existent de le faire. J'estime que nous devrions intervenir pour que la situation soit suivie de très près de déterminer si nous allons dans le sens d'une justice et d'une efficacité accrues.

David Rothman a récemment déclaré qu'à son avis, les tendances actuelles relatives à l'imposition des peines peuvent faire partie d'une évolution sociale plus générale qui se dessine aux États-Unis. Selon lui, à l'apogée des peines de durée indéterminée et de l'idéal de la réhabilitation, tout le monde pensait que les traiteurs et les traités étaient du même bord. Mais la génération actuelle de réformateurs se demande s'il faut vraiment faire confiance au paternalisme de l'État. Rothman soutient que les tendances dont je viens de parler sont le fruit d'un souci d'équité et d'impartialité, et qu'elles nous entraînent probablement dans la bonne direction, vers plus de justice et d'impartialité. Mais selon lui, lorsqu'elle a proposé ses réformes, cette génération de réformateurs a, par inadvertance, dressé des droits contre les besoins. Il ajoute, et je suis d'accord avec lui, que le problème à résoudre consiste maintenant à apporter des réformes qui renforceraient la justice et l'impartialité tout en nous permettant de continuer à fournir les services correctionnels dont ont besoin les infracteurs.

LIBÉRATION CONDITIONNELLE ET POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES EN U.R.S.S.

Peter H. Solomon Jr.
Professeur d'économie politique
Université de Toronto
Toronto, Ontario

L'histoire de la libération conditionnelle en U.R.S.S. témoigne que les autorités carcérales et les responsables de la libération conditionnelle sont obligés, si les directives qu'ils reçoivent du pouvoir central manquent de précision, de décider en maître, d'établir eux-mêmes leurs priorités, le risque étant qu'ils agissent selon leur bon plaisir. En Union soviétique, la publication de lois et de directives extraordinaires est souvent l'occasion pour policiers et juges d'exécuter la loi à peu près comme bon leur semble. En ce qui concerne la libération conditionnelle, les effets d'une longue suite de directives obscures et parfois même contradictoires montrent à quel point il est facile de renverser le système lorsque personne n'a pris la peine d'en exposer clairement l'utilité.

Je vais m'en tenir au pouvoir discrétionnaire et à la libération conditionnelle en Union soviétique; je souhaiterais, en effet, ne pas trop déborder le cadre de la question. Mes réflexions sont celles d'un étranger, cela va sans dire. J'ai passé en Union soviétique une année que j'ai employée à me documenter sur la prise de décisions en milieu carcéral. Je suis aussi retourné là-bas à quelques reprises. Je n'ai aucune information de première main sur la manière dont les dirigeants de prison prennent leurs décisions,

mais je pense qu'on peut raisonnablement déduire beaucoup de conclusions des observations que j'ai pu faire sur le système.

L'histoire flexueuse de la libération conditionnelle en U.R.S.S. me servira à démontrer une proposition simple et évidente, ayant néanmoins son importance. Si les hommes politiques ou le pouvoir central désirent guider ou commander les personnes investies de pouvoirs discrétionnaires (ce qui est habituellement le cas), ils doivent leur donner des directives claires tout en évitant de formuler des exigences contradictoires. Sinon, ces personnes seront obligées de décider en maître et d'établir elles-mêmes leurs priorités, de sorte qu'elles pourraient fort bien agir selon leur fantaisie. Le phénomène s'est produit trop souvent déjà, en Union soviétique comme, sans doute, à l'intérieur d'autres régimes autoritaires. En Union soviétique, par exemple, l'organisation de campagnes spéciales et la publication de lois et de directives extraordinaires sont souvent l'occasion pour policiers et juges d'exécuter la loi à peu près comme bon leur semble. Les régimes démocratiques ne sont sans doute pas non plus à l'abri de ce genre de chose.

Chez les Soviétiques, libération conditionnelle a toujours signifié mise en liberté non surveillée avant expiration de la peine. Deux fois dans l'histoire de l'U.R.S.S., les hommes politiques ont répondu aux souhaits des pénologues en autorisant la création d'un système complexe de libération conditionnelle selon lequel les autorités carcérales, les commissions et les juges devaient absolument tenir compte des progrès du détenu dans la voie de la réintégration pour décider de son élargissement. Mais chaque fois, les dirigeants ont été forcés, avec le temps, de se plier à d'autres contraintes découlant de la politique économique de ceux-là mêmes qui leur avaient donné leur adhésion. À cause de ces contraintes, les autorités carcérales ont dû en venir à accorder de moins en moins d'importance aux considérations d'ordre pénologique dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Bien que le gouvernement tsariste ait permis, avec une certaine hésitation, la création, en 1909, d'un modeste système de libération conditionnelle, ce n'est que sous le régime bolchévique que la Russie s'est dotée d'un système de libération conditionnelle accessible à la majorité des détenus. Séduits par la pénologie moderne de l'époque, les hommes d'État bolchéviques essayèrent d'implanter dans leurs prisons le système de réintégration par étapes, l'ultime récompense étant la libération conditionnelle. En théorie, le détenu devait se bien comporter avant d'être libéré, et dans chaque province une commission extraordinaire était censée filtrer les recommandations de libération conditionnelle provenant des autorités carcérales. En pratique, cependant, ni celles-ci ni les commissions n'avaient la chance de rendre des décisions. Ébranlées par le surpeuplement des prisons, phénomène lui-même attribuable à

la décision de punir les larcins, et par l'impossibilité de construire de nouveaux établissements, faute de fonds, les autorités carcérales mettaient presque tous les détenus en liberté conditionnelle dès qu'ils répondaient aux conditions requises. Les commissions approuvaient sans discussion. Par surcroît, les hommes politiques essayaient de réduire la pression par de fréquentes amnisties. De nombreux détenus recouvraient ainsi leur liberté bien avant qu'ils n'eussent pu même s'ils avaient obtenu une libération conditionnelle.

Au cours des années 30, à l'époque où les prisons et les camps soviétiques commencèrent à jouer un rôle dans la vie économique et se mirent à pulluler, la contrainte de mettre tous les détenus en liberté conditionnelle disparut soudainement. Les autorités carcérales n'étaient toujours pas libres d'accorder ou de refuser la libération conditionnelle en se fondant uniquement sur des considérations d'ordre pénologique. Maintenant que l'efficacité des établissements pénitentaires était évaluée en fonction du rendement (les prisons ne faisaient-elles pas partie de l'industrie?), les autorités trouvaient indiqué de récompenser par la libération conditionnelle les détenus ayant fourni un travail assidu, qu'ils aient été ou non en voie de réintégration. La libération conditionnelle est restée inscrite dans la législation soviétique jusqu'en 1939. En pratique, toutefois, les autorités y avaient substitué un système par lequel une journée de travail productif effaçait deux journées de la peine, parfois même trois. Cette forme d'élargissement était fondée, il est vrai, sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais ce n'est pas exactement à cela que songeaient les pénologues lorsqu'ils avaient imaginé leur système de libération conditionnelle. On pourrait soutenir que les hommes d'État soviétiques approuvaient tacitement cette substitution de principes: il demeure que leurs instructions aux autorités carcérales étaient équivoques.

C'est après la mort de Staline qu'on a tenté, pour la deuxième fois, d'instituer un système de libération conditionnelle en U.R.S.S. En effet, en réaction contre les abus staliniens, les dirigeants de l'Union soviétique rétablirent la libération conditionnelle en 1954, dans le cadre de la libéralisation du droit criminel. Ils permirent aux juristes d'élaborer un système complexe d'admissibilité ainsi que les principes devant régir la mise en liberté conditionnelle qui furent mis en application avant la fin de la décennie. Sur l'instigation des pénologues, le système d'élargissement fondé sur l'effacement progressif de la peine par l'exécution de corvées fut officiellement aboli. Au milieu des années 60, le nouveau système de libération conditionnelle, alors tout à fait au point, devint l'une des cibles préférées de la critique. C'est là, en effet, l'époque où se ranima la flamme des partisans de l'ordre. Conséquence: on assita au renforcement des règles

de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à l'élaboration de nouveaux critères de mise en liberté conditionnelle encore plus avancés, ceux qui portent, notamment, sur la nature du délit, le casier judiciaire et les signes manifestes de réintégration.

Or, au moment même où les juristes perfectionnaient le système, le régime pénitentiaire commença à réagir à de nouvelles contraintes économiques. En 1964 fut instituée, par un décret en partie secret du Praesidium du Soviet Suprême, une nouvelle variante de la libération conditionnelle: la mise en liberté conditionnelle pour les détenus envoyés sur des chantiers de construction. La raison de cette nouvelle mesure saute aux yeux: fournir de la main-d'oeuvre pour de grands travaux de construction dans des régions isolées, par exemple, la construction du chemin de fer Baïkal-Amur et la mise en exploitation des gisements pétrolifères de Tiumen. Contrairement à la libération conditionnelle, accordée avec parcimonie, selon le délit commis et selon le casier judiciaire du détenu et sa conduite en prison, cette nouvelle forme de mise en liberté conditionnelle pouvait être consentie à la vaste majorité des détenus, au début de leur peine, pour autant que les autorités carcérales en décidaient ainsi et que les détenus se montraient d'accord. Très peu de prisonniers étaient exclus, à part les meurtriers et certaines personnes ayant un casier particulièrement lourd, et presque tous, y compris ceux qui n'auraient normalement été mis en liberté conditionnelle qu'après avoir purgé les trois quarts de leur peine, pouvaient dès lors être envoyés sur des chantiers après avoir purgé pas même le quart de leur peine.

Nous ne risquons guère de nous tromper en présumant que c'est la demande de main-d'oeuvre plutôt que l'effort de réintégration des détenus qui fait que tant de personnes se voyaient mettre en liberté conditionnelle pour être envoyées sur des chantiers de construction. Résultat: il devint impossible de prévoir et la forme de liberté conditionnelle qui serait accordée au prisonnier et la raison pour celle-ci. Et il en fut ainsi pendant nombre d'années. La situation finit pas s'éclaircir presque entièrement en 1977, au moment où, en réponse à des aspirations plus élevées, on transforma la formule de libération conditionnelle destinée aux détenus envoyés sur des chantiers de construction en un système de libération conditionnelle comportant des corvées obligatoires. On annonça l'institution de ce nouveau système en le décrivant comme une mesure pénale progressive, comme une forme d'élargissement graduel devant accompagner une nouvelle sanction dite "condamnation avec sursis comprenant des corvées obligatoires". La demande pour la main-d'oeuvre avait atteint un sommet tel que les dirigeants soviétiques décidèrent d'envoyer la majorité des détenus dans les chantiers de construction.

D'après le témoignage d'un pénologue particulièrement digne de confiance, presque tous les prisonniers se virent accorder ce type de libération conditionnelle, de sorte que, pour citer Mikhlin, "le travail sur les chantiers de construction fut transformé en peine partielle pour personnes privées de leur liberté". D'après le tableau que Mikhlin brosse de la situation, la majorité des personnes mises en prison ou en colonie étaient envoyées, après avoir purgé le quart, le tiers ou la moitié de leur peine, dans un chantier de construction où ils étaient astreints à des travaux et forcés de se présenter régulièrement à la police.

Quelles conséquences ces mesures eurent-elles pour la personne chargée de choisir, en vertu de considérations d'ordre pénologique, des candidats à la libération conditionnelle? Le gros de sa clientèle échappait à son autorité bien longtemps avant d'avoir droit à la libération conditionnelle. Les seules personnes pour qui il lui était encore possible d'exercer son pouvoir discrétionnaire étaient les détenus purgeant une peine trop courte pour être envoyés sur des chantiers de construction et les quelques invalides exemptés de travaux. Il faut reconnaître que la nouvelle législation permettait, en fait, aux forçats ayant montré de la vaillance sur les chantiers de demander la libération conditionnelle. Toutefois, les critères et les formalités s'appliquant à cette dernière restent obscurs. J'ai, pour ma part, l'impression que personne n'était chargé de remplir ces formalités. Les forçats admissibles à la libération conditionnelle se trouvent souvent dans des endroits où il n'y a pas d'organisation pénitentiaire, les seules autorités étant la police locale. Aussi, je doute beaucoup qu'ils soient élargis avant l'expiration totale de leur peine.

Il est difficile d'obtenir l'obédience des autorités investies de pouvoirs discrétionnaires même si on leur donne des directives claires et qu'on leur fixe des critères cohérents. En revanche, l'expérience des Soviétiques en matière de libération conditionnelle prouve combien il est facile de renverser un régime fondé sur le pouvoir discrétionnaire par l'expression de principes contradictoires destinés à guider les autorités carcérales dans leurs décisions.